مصادر الإلتزام

المصادر الإرادية وغير الإرادية

دكتور
محمد عبدالظاهر حسين
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعةبنى سويف
المحامى بالنقض والإدارية العليا

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

يقول الله تبارك وتعالى :

» واشهدوا إذا تبايعتـم .... «

سورة البقرة من الآية ٢٨٢

مقدمـــة

كانت المسئولية، وبخاصة المدنية، وما زالت وستظل هـــي محـــور الارتكاز في موضوعات القانون، وهي محط أنظار البـــاحثين ورجـــال القانون؛ وهي الشغل الشاغل للمشرعين في كل البلدان. وهي المرتكـــز المهم الذي تقوم عليه أحكام القضاة واجتهاداتهم.

وإذا كان الاهتمام ينصب علي المسئولية بشكل عـــام، أي بأنواعهـــا الثلاثة، الجنائية والمدنية والتأديبية، فإن ما يهم الشخص العادي هو النوع الثاني من المسئولية (أي المدنية) إذ أن النوعين الآخرين هما حق الدولة، ولا يستفيد الفرد العادي منهما كثيراً؛ فما الفائدة التي تعود علي المجنـــي عليه من توقيع عقوبة علي الجاني (أو المخطئ) إذا لم نقرر له تعويضـــاً مناسباً لهذا فإن الاهتمام قد تخصص في الآونة الأخيرة علي جانب مهـــم من المسئولية ألا وهو المضرور، من حيث توفير أكبر قدر من الحمايـــة له؛ وذلك من خلال تيسير أمر حصوله علي تعويض للأضـــرار التـــي ألمت به، وضمان السبيل إلي ذلك بدون أن يتحمل مشقته أو يتيـــه فـــي غيابات دروبه، ولا شك في أنه كلما سهل عليه أمـــر التعـــويض؛ كلمـــا اطمأنت نفسه قليلاً وهدأت وخفف ذلك من وطأة ما أصابه نتيجة الفعـــل الضار. ولا شك أيضاً في أن تحقيق هذا الهدف (حصول المضرور علي تعويض) إنما يتم من زاويتين :-

تنصب الأولي علي عبء الإثبات، أي يجب أن يخفف هذا العـــبء

من علي عاتق المضرور، إن لم نعفه منه كليه، إذ من المعلوم أن الحق في التعويض يدور مع الإثبات وجوداً وعدماً؛ ولهذا تعين النظر إلي المضرور علي أنه الطرف الضعيف ومساعدته في مسألة الإثبات؛ والزاوية الثانية تتعلق بمقدار التعويض ذاته، إذ كلما كان التعويض كبيراً في مقداره، شاملاً في تقديره لكل عناصر الضرر، كلما كان ذلك أقرب إلي العدالة وإلي رفع الضر عن أفراد المجتمع، وهو ما يتحقق من خلال التوسع من عناصر الضرر التي ينبغي التعويض عنها.

وإذا اتضح مما سبق أهمية حماية المضرور من خلال ضرورة تعويضه، فإنه لما يرتبط بذلك أهمية البحث في الأساس الذي يقوم عليه الالتزام الذي قام الحق في التعويض نتيجة عدم القيام به. فمن المعلوم، ووفقاً للفقه والتقنين المدني الجديد الصادر ١٩٤٨، وبدأ العمل به في يناير ١٩٤٩، أن مصادر الالتزام خمسة، العقد وشبة العقد والتقصير وشبة التقصير والقانون والنظر بدقة في هذه المصادر يوضح انقسامها إلي قسمين رئيسيين أولهما، العقد بما يحويه من تفصيلات وما يرتبط بمخالفته من مسئولية عقدية، والفعل الضار وما ينشأ عنه من مسئولية تقصيرية بنوعيها، أما المصادر الأخرى فهي مصادر ثانوية ولا تخرج في الأساس عن هذين المصدرين ولهذا، فإن التركيز الآن علي المصدرين المهمين وهما العقد والفعل الضار.

ويكون التركيز من خلال دراستهما بشكل مستفيض، يخرج منها إلي

الإجابة علي التساؤل المهم والمتعلق بهل توجد فعلاً فوارق جوهرية بين نوعي المسئولية (العقدية والتقصيرية) وإذا كانت الإجابة بالإيجاب فأي منهما مفضل للمضرور وأيهما ينبغي التركيز عليه والتوسع في نطاق تطبيقه علي حساب الآخر.

وإذا كان الالتزام بشكل عام يجد مصدره إما في العقد وإما في القانون وبالتالي فإن عدم تنفيذه قد يثير المسئولية العقدية أو التقصيرية، فإنه من اللازم تعريفه، فالالتزام أو الحق الشخصي أو حق الدائنيه يعرف بأنه :

علاقة بين شخصين تخول لأحدهما – يسمي الدائن – أن يطالب الآخر – المدين – بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. فالحق الشخصي هو استئثار غير مباشر بأداء معين[1] ، فلا يمكن الحصول علي هذا الأداء إلا عن طريق تدخل شخص. فمن يتفق مع مقاول علي بناء عمارة، لا يمكنه الحصول علي البناء إلا بعد تدخل المقاول بتنفيذ العمل الذي تعهد به، ومن يكن دائناً لآخر بمبلغ مائة جنيه لا يمكنه استيفاء هذا المبلغ بالاستيلاء عليه بل لا بد له من مطالبة المدين.

---

(1) ويعبر البعض عن الحق الشخصي بأنه ليس إلا أحد وجهين لرابطة الاقتضاء، فهذه الرابطة إذ تفترض وجود طرفين يملك أحدهما اقتضاء أداء مالي معين ويلزم الآخر بالخضوع لهذا الاقتضاء – إنما تضع في يد الأول حقاً وتلقي علي عاتق الثاني التزاماً (حسن كيرة، المرجع السابق، ص٤٦٩).

ويسمي الحق الشخصي بذلك إذا نظرنا إليه من زاوية الدائن، ويسمي بحق الدائنية أو الالتزام علي أساس النظر إلي مركز المدين الذي يلتزم بأداء معين قبل الدائن. وإذا كان اصطلاح الحق الشخصي "أو الالتزام" يعبران عن مضمون واحد والقواعد التي تنظم الحقوق الشخصية هي بذاتها المنظمة للالتزامات. فإننا نفضل استعمال مصطلح "الالتزام" علي أساس الدور البارز للمدين فيه، فقوام هذا الحق عمل أو امتناع عن عمل يؤديه المدين. كما أن في استعمال "الالتزام" بدلاً من الحق الشخصي دفعاً للاختلاط بين اصطلاح "الحق الشخصي" واصطلاح "حق الشخصية" الذي يعبر عن الحقوق اللصيقة بالشخصية[1].

١-محل الالتزام :

يتعدد محل الالتزام بحسب نوع الأداء المطلوب من المدين، فقد يطلب منه أداء إيجابياً يتمثل في القيام بعمل، وقد يطلب منه موقفاً سلبياً يظهر في الامتناع عن إتيان عمل.

١-الجانب الإيجابي : الالتزام بالقيام بعمل :

Obligation de Faire

ويلتزم المدين بمقتضاه بالقيام بعمل إيجابي لمصلحة ولفائدة الدائن فعقد المقاولة ينشأ عنه التزام المقاول بالقيام بعمل (بناء العقار) لصالح

---

(١) Planiol Ripert et Boulanger, 5 eme éd, 1950, T, 1, No. 2091 p. 877.

الدائن، وعقد العمل يلزم العامل بأداء العمل المطلوب منه لرب العمل، وعقد الإيجار يلزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة، والمستأجر بدفع الأجرة، وعقد الوديعة يلزم المودع لديه برد الوديعة عند طلبها، والعلاقة بين الطبيب وعميله تلزم الأول بالقيام بكل عمل يري فيه إبراء لمريضه أو مساعدته علي ذلك، وعقد الدفاع يلزم المحامي باتخاذ كل الاحتياطيات والقيام بالأعمال التي يتطلبها الدفاع عن مصالح عميله[١].

ففي كل الصور المتقدمة، يكون للدائن حق شخصي مضمونه التزام علي عاتق المدين بالقيام بعمل إيجابي.

ويندرج تحت هذه الصورة من الالتزام، ما يسمي في الفقه بالالتزام بإعطاء شيء ويقصد به الالتزام بنقل حق عيني علي منقول أو عقار، كالتزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشيء المبيع أو الموهوب، ونري – مع بعض الفقه – أن الالتزام بإعطاء شيء ليس – في حقيقته – سوي التزام بالقيام بعمل إذ أن محل الالتزام ليس نقل الحق العيني الذي يرد عليه، بل العمل الذي يؤدي إلي نقله[٢].

٢-الالتزام بالامتناع عن عمل : Obligation de nepas Faire

ويشكل هذا الالتزام الجانب السلبي للحق الشخصي، وبمقتضاه يمتنع

---

[١] انظر في إطلاق تسمية "عقد الدفاع" علي العلاقة بين المحامي وعميله، للمؤلف، المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية سنة ١٩٩٣، ص٩٠.

[٢] د/ عبد المنعم فرج الصده، المرجع السابق.

المدين عن إتيان أي فعل يكون محلاً لاتفاق بينه وبين الدائن، أي أن المدين بإمكانه القيام بهذا الفعل لولا الاتفاق المبرم بينهما بالامتناع عن إتيانه. ويمثل هذا الامتناع قيداً علي حرية المدين في العمل. ومن أمثلته التزام بائع المحل التجاري بعدم المنافسة بما يعنيه عدم قدرة البائع علي ممارسة حريته في التجارة، فهذا الالتزام يمنع البائع من فتح محل تجاري يشابه للمحل الذي باعه في ذات المنطقة ولمدة زمنية معينة. وأيضاً التزام المستأجر بالامتناع عن التأجير من الباطن أو المتنازل عن التأجير، فهذا يشكل قيداً علي حريته في التأجير ويمثل في ذات الوقت حقاً للمؤجر.

ومن أمثلته أيضاً تعاقد كاتب مشهور أو ممثل مشهور بالكتابة أو التمثيل لصحيفة بعينها أو لمسرح معين. فهذا التعاقد يفرض التزاماً علي الكاتب بالامتناع عن الكتابة لصحيفة أخرى وعلي الممثل بالامتناع عن التمثيل لصالح مسرح آخر.

وإذا كان العمل بصورتيه الإيجابي والسلبي يشكل محلاً للحق الشخصي، فيتعين أن يكون في الإمكان تقدير هذا المحل بالنقود، أي أن تكون له صفة مالية(١)، وهذه الصفة هي التي تؤدي إلي اندراج هذا الحق ضمن الحقوق المالية، وتؤدي إلي دخول الحق الشخصي ضمن العناصر

---

(١) GAUDEMET, Théorie générale des obligations éd 1965. P.p. 12-14.
جلال العدوى : أصول المعاملات، سنة ١٩٦٧، ص٤٣.

الإيجابية للذمة المالية للدائن، وإلي دخول الالتزام ضمن العناصر السلبية للذمة المالية للمدين[١].

ويتضح مما سبق أن الالتزام يتميز بعدة خصائص أهمها :-

١-أنه ينشئ رابطة قانونية بين شخصين وهذه الرابطة تشتمل علي عنصرين **أولهما**، عنصر المديونية، وهو ما تشكل العبء الذي يقع علي عاتق المدين ويلتزم بالأخير من خلال القيام بأداء (أياً كان نوعه) لصالح الدائن وبهذا العنصر يتميز الالتزام عن غيره من الواجبات الأخرى الأخلاقية أو الأدبية أو التي تجد مصدرها في العادات وبعض القيم، ففكرة الالتزام بعنصر المديونية هي أوسع نطاقاً من فكرة الواجب، فكل التزام يتضمن بالضرورة واجباً والعكس غير صحيح، فليس من الضروري أن يكون كل واجب التزاماً.

ثانيهما : عنصر المسئولية، وهو ما يؤدي إلي تفعيل عنصر المديونية، ويجعل للالتزام وجوداً قانونياً وعملياً؛ إذ لولا الجزاء الذي ينتظر الملتزم إذا قصر في تنفيذ عنصر المديونية، أي في عدم القيام بالتزامه، ولولا الإمكانية والوسيلة التي يزود بها القانون الشخص الذي لم ينفذ التزام في مواجهته لإجباره علي التنفيذ؛ لما كان مجدياً الحديث عن

---

(١) حسن كيره، المرجع السابق ص٤٦٨.

التزام أياً كان مصدره، فعنصر الجبر والإكراه علي التنفيذ؛ هو الذي يميز الالتزام القانوني عن غيره من الواجبات الأخرى من ناحية، والالتزام الطبيعي من ناحية أخرى. فالالتزام الأخير يشتمل علي عنصر المديونية فقط ويفتقد إلي عنصر المسئولية؛ بمعني أن الدائن بالالتزام الطبيعي لا يكون في وسعه إجبار المدين به علي الوفاء، إذ لا يملك الوسيلة القانونية المطلوبة لذلك وهي الدعوى أو المطالبة القضائية عموماً، ولكن المدين إذا قام بالوفاء بالالتزام الطبيعي اختياراً وطواعية؛ فلن يكون في استطاعته الرجوع في هذا الوفاء بحجة أنه غير مجبر علي تنفيذه؛ لأنه عندما قام بالوفاء، كان يقوم بتنفيذ التزام يقع علي عاتقه حتى ولو افتقد هذا الالتزام إلي عنصر المسئولية.

٢-محل الالتزام دائماً مال أو شيء يمكن تقويمه بالمال؛ وبهذه الخاصية يدخل الحق أو الالتزام عموماً كعنصر في الذمة المالية للإنسان.

٣-كما يتميز الالتزام أيضاً بأنه رابطة تقوم بين شخصين، وهو ما يفرقه عن الحق العيني الذي هو رابطة تقوم بين شخص وشيء. وبذلك لا يكون في مقدور الدائن بالالتزام الحصول علي محلة إلا من خلال تدخل شخص آخر يمكنه من ذلك ألا وهو المدين بالالتزام.

٤-الالتزام واجب خاص، يثقل كاهن المدين به دون بقية الأشخاص

وبذلك يتميز عن الواجب العام بعدم الاعتداء علي حقوق الغير، ولهذا فإن مضمون الالتزام متعدد يتغير بحسب الغرض منه كما رأينا. وهو ما يؤدي إلي القول بأن الالتزامات غير قابلة للحصر ولا يمكن أن ترد في القانون علي سبيل الحصر، بعكس الحقوق العينية، فهي واردة في القانون علي سبيل الحصر، أياً كان نوعها (أي سواء كانت أصلية أم تبعية).

فالالتزامات التي ينشئها الأفراد بإرادتهم لا تحديد لها في القانون، فهم ينشئون برضائهم أي التزام ولا يخضعون في ذلك لقوالب محددة لهم سلفاً، بشرط عدم الإضرار بالمصالح الأساسية للجماعة أو مخالفة القانون أو النظام العام والآداب.

وتتطلب دراسة الالتزام بوجه عام ضرورة تحديد مصدره أولاً ثم بيان الأحكام التي ترتبط بنشوء الالتزام علي عاتق المدين من حيث كيفية جبره علي الوفاء، وجزاء امتناعه عن ذلك وأيضاً الأوصاف التي تلحق الالتزام. ولما كنا نركز في هذا الجزء من الدراسة علي مصادر الالتزام، فإننا نرجئ الحديث عن الشق الثاني المتعلق بالأحكام إلي دراسة لاحقة.

أما عن المصادر؛ فنجدها تنقسم إلي قسمين الأول، يسمي بالمصادر الإرادية للالتزام وتشمل العقد والإرادة المنفردة والثاني ويطلق عليه المصادر غير الإرادية.وتتضمن الفعل الضار والنافع والقانون.

وسوف يتم التركيز في هذه الدراسة علي نموذجين لكل قسم من هذين القسمين؛ وذلك علي النحو الآتي :

١- المصادر الإرادية (العقد).

٢- المصادر غير الإرادية (الفعل الضار).

القسم الأول

المصادر الإرادية للالتزام

ويطلق علي هذه المصادر، بالتصرفات القانونية، وذلك لارتباط نشوء الالتزام فيها بتصرف قانوني صادر عن الشخص يعبر فيه عن رغبته في التحمل بالالتزام، سواء اقتصر تعبيره علي نفسه، أو تعداه إلي شخص آخر. ففي الحالتين نكون أمام التزامات مصدرها الإرادة التي تشكل تصرفاً قانونياً؛ يأتي القانون ويعترف بهذه الإرادة وبذلك التصرف ويرتب عليها آثاراً قانونية ملزمه، إذ لم يقم بها الفرد اختياراً، كان في الإمكان إجباره علي ذلك.

ولا يقر القانون الإرادة وبالتالي التعبير عنها إلا إذا استوفت شرائط عديدة ينظمها ويحددها المشرع ليعترف بوجود التصرف القانوني. فإذا توافرت هذه الشروط، وقام بالتالي الالتزام - تصبح الإرادة مجبرة علي تنفيذ الالتزام، وإذا تقاعست عن ذلك تم استدعاء الجزاء الذي رتبه المشرع في مثل هذه الحالات ويتمثل في قيام المسئولية علي عاتق الإرادة المقصرة بما تعطيه للدائن بالالتزام غير المنفذ من حق في التعويض عن الأضرار التي لحقته بسبب عدم التنفيذ. وينشأ الالتزام الإرادي غالباً في إطار تصرفات قانونية ثنائية تقوم بالتقاء إرادتين أو أكثر بهدف إنشاء الالتزام والتقيد به، ولكن ذلك لا يمنع من وجود حالات نادرة ينشأ فيها الالتزام الإرادي بالإرادة الواحدة ويطلق علي التصرف

في الحالات الغالبة (العقد) ويطلق عليه في الحالات النـــادرة بالتصــرف الإرادي المنفرد، الإرادة المنفردة.

وبذلك نقسم هذا القسم إلي بابين :

الباب الأول : العقد.

الباب الثاني : الإرادة المنفردة.

الباب الأول

العقــد

يعد العقد مصدراً إرادياً مهماً لنشوء الالتزام؛ وفيه يظهر – بوضوح - مبدأ سلطان الإرادة بما يعنيه من قدرتها علي الاتجاه نحــو الالتــزام علي تحديد ما سوف تلتزم به؛ والإرادة حينما تتجه إلي ذلك فإنها تكون دركة لمعني الالتزام وما يفرضه عليها من قيود؛ كما تدارك أيضاً الأثر ذي سيترتب علي إخلالها بما التزمت به.

ولأهمية العقد كمصدر إرادي للالتزام؛ فإننا سنفرد له الجزء الأكبــر ن الدراسة في الجزء الخاص بالمصادر الإرادية.

وسيأتي تناولنا للعقد من خلال النقاط 'لاتية :

الفصل الأول : تعريف العقد وبيان أقسامه.

الفصل الثاني : إبرام العقد وأركانه.

الفصل الثالث : القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد.

الفصل الأول

تعريف العقد وأقسامه

المبحث الأول

تعريف العقد

يعد العقد – منذ القدم وإلي الآن – أهم مصدر من مصادر الالتـزام وأخطرها وأوسعها انتشاراً وأكثرها حظاً في التنظيم التشـريعي، وذلـك لكونه – أي العقد – تعبيراً حقيقياً وصادقاً عن رغبة الإرادة في التعهد أو الالتزام والسبيل الطبيعي المؤدي إلي نشوء الالتزام، فالعقد هو المصـدر الطبيعي والواقعي في الوقت ذاته للالتزامات. فاتجاه الإرادة إلي الارتباط بأخرى والالتزام معها بأداء عمل أو الامتناع عنه، يعد أقوي المنابع التي يستقي منها الالتزام وجوده.

ولا يفهم مما سبق التقليل من أهميـة المصـادرة الأخـرى أو مـن خطورتها، وإنما كل المصادر لها أهميتها وخطورتها وإن اختلفت فيمـا بينها زيادة أو نقصاناً، كما لا يفهم مما تقدم أن الإرادة لا ترتبط بـإرادة أخرى إلا بهدف إنشاء التزام، فالارتباط بين الإرادتين قد يؤدي إلي نشوء الالتزام أو تعديله أو نقله (حوالة) أو – أخيراً – إنهائه. وهذا ما يفـرض

علينا ضرورة التقليل من أهمية التفرقة التي يذهب إليها بعض الفقه بين العقد والاتفاق علي أساس أن الاتفاق قد يهدف إلي إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه بينما العقد لا يهدف إلا إلي إنشاء الالتزام، ويقولون - لذلك - أن كل عقد هو، بالضرورة اتفاق، بينما ليس كل اتفاق عقداً. وفي الحقيقية أن هذه التفرقة تنقصها الفائدة العملية أو النتيجة الملموسة واقعياً.

ولذلك، فإن أغلب الفقهاء[١] يستخدمون الاتفاق أو العقد كمترادفين أكثر منهما كمتضادين أو متقابلين، مما يشجع علي القول بضرورة هجر هذه التفرقة غير المفيدة عملياً؛ والتمسك بأن العقد هو الاتفاق، والاعتراف أيضاً بقدرة العقد علي نقل الالتزام وتعديله وإنهائه تماماً كما ينشئه[٢]. فالمهم هو أن تقصد الإرادة وهي تتجه لترتبط بأخرى إلي إحداث أثر قانوني أياً كان مضمونه؛ أما إذا لم تتجه إلي إحداث هذا الأثر القانوني، فلا نصبح أمام عقد، حتى ولو التقت بإرادة أخرى، فمثل هذا الالتقاء يشكل اتفاقاً عديم الأثر من الناحية القانونية وإن صلح لأن يكون أساساً لواجب أخلاقي، فمن يدعو صديقه إلي تناول وجبة غذائية في

---

[١] د/ حمدي عبد الرحمن : مصادر الالتزام، ص٧٦، د/ جميل الشرقاوي : المصادر، ص٥٢ هامش (١).

[٢] وقد أشارت مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني الحالي إلي ذلك صراحة بالقول "ومهما يكن من أمر، فقد رؤى من المفيد إيراد تعريف للعقد، ولو لم يكن من وراء ذلك سوي تفرقة بين الغقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً" مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ص١٠ في الهامش.

منزله أو إلي التنزه معه بسيارته الخاصة، وقبل الصديق ذلك؛ لا يكـون – في مثل هذه الحالات – أمام عقد ولا اتفاق بالمعني القـانوني وذلـك لانتفاء عنصر الأثر القانوني في التقاء الإرادات هنا؛ فلم تهـدف الإرادة الأولي (الداعية) إلي الالتزام بشكل قانوني ولم تصل عند التعبير أن تقوم مسئوليتها القانونية في حالة عدم تنفيذها لما تعهدت به، ولم يتطرق إلـي ذهن الطرف الثاني (الصديق الذي قبل الدعوة) فكرة إمكانية إجبار الأول علي تنفيذ ما تعهد به (الدعوة) كل ذلك لا يمنـع مـن احتمـال وجـود جزاءات أخرى كالاحتقار أو المعاملة بالمثل.

ونخلص مما تقدم إلي أن العقد هو تلاقي أو ارتباط إرادتين أو أكثـر بقصد إحداث آثار قانونية قد تكون إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء التزام ويتضح من هذا التعريف الأمور الآتية :-

١- ضرورة وجود إرادات متبادلة تهدف إلي إحداث أثـر قـانوني، وهذه الإرادات قد تكون فردية، وقد تتعدد، بمعني أن العقـد قـد ينعقد بين شخصين ، وقد ينعقد بين عدة أشخاص، كما هو الحـال في عقد الشركة.

٢- أن تكون الإرادات جادة في إحداث الأثـر القـانوني؛ فـالإرادة الهازلة أو المجاملة، لا يؤدي التعبير عنها إلي انعقاد عقـد مـن الناحية القانونية، حتى ولو التقت بأخرى. ويأخـذ الحكـم نفسـه الإرادة الصورية، فهي تجعل الاتفاق صورياً لأنها لا تتجه إلـي

إحداث أثر قانوني.

٣-ضرورة أن يحدث التوافق بين الإرادات علي إحداث الأثر القانوني، وهو ما يعبر عنه بركن التراضي في العقد، وهو ركن جوهري لا يقوم العقد بدونه، بحيث تتفق الإرادتان علي إبرام عقد وعلي ما يتم الاتفاق عليه، بالنسبة لعناصر العقد.

٤-ومما يرتبط بالتراضي أيضاً، ضرورة أن تتمتع الإرادة بحرية كاملة في الاتجاه نحو إبرام عقد وأيضاً بالنسبة لتحديد ما تتعاقد عليه وهو ما يعبر عنه دوماً بمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي شهد تطورات جذرية حول موضوعه ومضمونه. فقد كان ينظر إليه في البداية علي أنه مطلق لا قيود عليه تفرضها الجماعة، وهو ما صار بنتيجة انتشار أفكار المذهب الفردي، الذي يقدس مصلحة الفرد ويقدمها علي مصلحة الجماعة. ويري أن الحقوق التي يكتسبها الفرد هي حقوق طبيعية لا دور فيها للجماعة، ومما ارتبط بذلك تمتع الإنسان بمجموعة من الحريات المطلقة التي لا تخضع لقيد، ومن ذلك سلطانها المطلق في العقد؛ بحيث يكون للإرادة وحدها اتخاذ قرارها بشأن التعاقد من عدمه، ويكون لها وحدها أيضاً تحديد البنود التي تتعاقد وفقاً لها. بحيث لا تعرض عليها الجماعة ضرورة إبرام عقد في حالات معينة، ولا تلزمها بما يجب أن تتعاقد عليه في حالات أخرى. بل يقف دور الجماعة

– ممثلة في القانون – عند مجرد الاعتراف بالأثر الذي اتجهت إليه الإرادة، وهذا الأثر يتم بمجرد التعبير عن الإرادة دون حاجة إلي إفراغ هذا التعبير في قالب معين أو شكل محدد.

ولكن ما كان لهذا الإطلاق أن يسود أو يستمر هكذا بدون قيود، وما كان لمبدأ سلطان الإرادة بهذا المفهوم أن يدوم طويلاً، إذ سرعان ما تحول الفقه عن التمسك بإطلاق هذا المبدأ، ومال المجتمع كله إلي ضرورة وضع قيود قانونية علي هذا المبدأ، وقد تزامن ذلك مع انتشار أفكار المذهب الاجتماعي الذي ينظر باستمرار إلي أي حق علي أن له وظيفة اجتماعية، وتشكل هذه الوظيفة الاجتماعية قيداً مهماً علي سلطة صاحب كل حق عند استعماله له.

وفي إطار تحقيق هذه الوظيفة شهدت التشريعات المتعاقبة والمتباينة تدخلات قانونية كثيرة اعتبرت بمثابة قيود مفروضة علي صاحب الحق.

كان لهذه التدخلات انعكاساتها علي مبدأ سلطان الإرادة أدت إلي تقييده بدرجة كبيرة. ويفسر ذلك، أنه إذا كان مبدأ سلطان الإرادة قد أدي إلي تفوق الإرادة وبخاصة عند التقائها بأخرى مكونة رابطة عقدية فإن احترام هذا المبدأ لم يعد كافياً لتوفير الحماية اللازمة للأطراف – وبخاصة للطرف الضعيف – ولم يعد محققاً لهم فرصة الحصول علي التعويض المناسب للأضرار التي تحيق بهم في بعض الحالات، فزيادة الهوة بين قوة الأطراف في العقد، وكثرة الحالات التي تتباين فيها

مراكزهم، بحيث نجد طرفا قويا يملك فرض شروطه وإملاء إرادته علي الآخر الذي يصبح دوره محصوراً في قبول التعاقد أو رفضه، ويجد نفسه - في الحالات معظمها - مجبراً علي التعاقد بالشروط التي وضعها الطرف الآخر، وهذا ما أدي إلي زيادة تطبيقات عقود الإذعان مع الأخذ في الاعتبار المفهوم الواسع لصفة الإذعان، بحيث لا يجب حصرها في الحالات التي يتوافر فيها الاحتكار، وإنما تمتد لتشمل الفروض التي يملك فيها أحد الطرفين سلطة فرض شروطه علي الطرف الآخر، وليس بشرط أن يرجع سبب هذه السلطة للاحتكار الذي يتمتع به المتعاقد المذعن، وإنما قد يعود إلي ضعف المتعاقد الآخر أو جهله أو تخلفه وهو ما يحدث غالباً في العقود الجديدة المتصلة بنقل التكنولوجيا أو استخدام وسائلها الحديثة، وأدي هذا التباين وذلك الاختلاف بين مراكز المتعاقدين إلي ضرورة التفكير في وسائل قانونية نحمي بها الطرف الضعيف في العقد، حتى ولو أدي ذلك إلي التغاضي عن مبادئ لم يعد لها إلا اسمها وأفكار باتت فارغة في مضمونها، مثل حرية الإرادة في التعاقد وفي تحديد ما يتعاقد عليه وأن العقد هو شريعة المتعاقدين، فهذه المبادئ والأفكار طغت عليها المادية المعاصرة بما تتميز به من غلبة للقوي الاقتصادية وأهم عناصرها سيطرة رأس المال علي جميع العلاقات مما أوجب ضرورة البحث عن حماية للطرف الضعيف ضد قوي الغلبة والسيطرة، ولو كان ذلك عن طريق التخلي بعض الشيء عن أفكار ومبادئ باتت شعارات أكثر منها واقعاً.

وقد ظهرت هذه التدخلات في كثير من النصـــوص القانونيــة التـــي قيدت من مبدأ سلطان الإرادة، من ذلك مثلاً ما استلزمه القانون المــدني من ضرورة إفراغ التراضي في قالب شكلي معين (كالرسمية أو الشهر) أو علي الأقل – الكتابة – وكذلك القيود التي فرضها المشرع علــي رب العمل في عقود العمل، كما زادت القواعد الآمرة في التنظيم التشــريعي لكثير من العقود، كما وضع المشرع المدني قيداً مهماً يشكل قيداً أساســياً علي حرية الإرادة ومؤداه أنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفــاق أطرافه (م١٤٧ مدني). كما أباح المشرع للقضاء بالتدخل بتعديل شروط العقد إذا وجدها مرهقة لأحد الطرفين.

المبحث الثاني

تقسيمات العقود

لم يقحم المشرع نفسه في التقنين المدني ولا في أي تشـــريع آخــر، بالحديث عن تقسيمات العقود باعتبار أن ذلك ليس من عمل المشرع الذي يقتصر دوره علي وضع قواعد تتضمن أحكاماً يتعين تطبيقها علي كـل علاقة عقدية وتحدد حقوق كل طرف والتزاماته؛ ومن ثم فقد تعهد الفقــه بهذه المهمة، مهمة تقسيم العقود، انطلاقاً من أسس ومعايير معينـــة قــد يشير المشرع إلي بعضها أو يضع قواعد يستشف منها الفقــه تقســيمات محددة.

وعلي ذلك يمكن تقسيم العقود من زوايا متعددة نتعرض لأهمها فقط.

١-تنقسم العقود من حيث التكوين إلي عقود رضائية وأخرى شكلية.

٢-وتنقسم العقود من حيث الأثر إلي عقود ملزمة لجــانبين وأخــرى ملزمة لجانب واحد، كما ينقسم أيضاً من هذه الزاوية إلي عقــود معاوضة وأخرى تبرعية.

٣-وتنقسم العقود من حيث الزمن إلي عقود فورية وأخرى زمنية.

٤-وتنقسم العقود من حيث كيفية إبرامها إلي عقود مساومة وأخــرى إذعان.

د-وتنقسم العقود من حيث معرفة مقدارها إلي عقود محددة وأخرى احتمالية.

٦-وتنقسم العقود من حيث تنظيم المشرع لها إلي عقود مسماة وأخرى غير مسماة.

أولاً : تقسيم العقود من حيث التكوين :

إذا نظرنا إلي العقد من حيث كيفية تكوينه نجد العقد قد يبرم أو يتكون بمجرد تبادل إرادات أطرافه، أي بوجود ركن الرضا وهو ما نعبر عنه بالعقد الرضائي، والعكس، فإن هناك عقوداً تستلزم شكلاً معيناً لإبرامها.

أ- العقد الرضائي : **Contrat consensuel**

الأصل في العقود جميعها أنها رضائية، بمعني أن العقد يبرم بمجرد تبادل إرادات أطرافه أي أن الرضا يكفي لتكوين العقد. فمجرد التعبير عن الإرادة من جانب الأطراف يعد العقد مبرماً دون حاجة إلي إفراغه في قالب أو شكل معين. مثال ذلك عقد بيع المنقول ومعظم عقود الإيجارات والمقاولات والعمل. فالأصل في التعاقد التراضي ما لم يقض القانون بغير ذلك، ويخرج بعض العقود من هذا الأصل ويخضعها لقالب أو شكل معين.

ولا يمنع من أن يكون العقد رضائياً أن يستلزم المشرع كتابته، إذ

الكتابة المطلوبة هنا للإثبات وليس كركن لإبرام العقد؛ فتخلف الكتابة هنا لا يعني عدم وجود العقد وإنما يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين.

ب- العقد الشكلي : Contrat Solennel :

وفي هذا العقد، لا يكفي تبادل الإرادات أو التراضي لإبـرام العقـد. وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في القالب أو الشكل الذي حدده المشرع. وقد يكون هذا الشكل هو ضرورة صدور الرضا أمام موظـف مخـتص حدده المشرع ليشهد علي إبرام العقد مثل العقود الرسـمية أو الموثقـة، فالتوثيق أو الرسمية تعد شكلاً لإبرام العقد وتخلفها يـؤدي إلـي إبطـال العقد. والمثال علي ذلك، عقد هبة العقار أو هبة المنقـول إذا لـم تـتم مناولته، وقد يكون الشكل ضرورة اتخاذ إجراءات معينة حتى يؤتي العقد أثره ويرتب التزاماته، مثل عقد بيع العقار، فلا تنتقل ملكية العقـار مـن البائع إلي المشتري إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل في الشهر العقاري.

وقد قلص المشرع الحديث كثيراً من العقود الشكلية، فلم يتبق منها إلا النادر القليل ظلت كأثر للقوانين الرومانية التي كانت تحترم الشكل كثيراً. ويلاحظ – في هذا الصدد – أن الشكلية إجراء لا بـد مـن أن يفرضـه المشرع فلا يجوز للأفراد الاتفاق علي جعل تصرف ما شكلياً، فوجـود مثل هذا الاتفاق لا يؤدي إلي بطلان التصرف إذا تخلف الشـكل عنـه، بعكس ما إذا كان الشكل مفروضاً من المشرع، إذ أن عدم احتـرام هـذا الشكل يرتب – كما قلنا – البطلان والبطلان المطلـق ولـيس النسـبي،

وعندما يتطلب المشرع شكلاً معيناً لإبرام تصرف ما يكون الهدف منه والحكمة من ورائه هو جذب انتباه الأفراد ولفت نظرهم إلي خطورة ما يقدمون عليه من تصرفات. فيكون الشكل بمثابة مهلة للتفكير والترو من جانب المتعاقدين فيما يريدون إبرامه من عقود. والمثال علي ذلك عقد هبة العقار باعتباره عقداً تبرعياً يترتب عليه خروج العقار من ذمة الواهب بدون مقابل.

ج- العقد العيني :

وهذا العقد لا يعد رضائياً كما لا يعتبر شكلياً بالمعني السابق. فهو لا ينعقد بمجرد تبادل الرضا، كما لا يتعين إفراغ الرضا في قالب معين، وإنما يتخذ التراضي شكلاً معيناً وهو ضرورة تسليم الشيء محل العقد – علي الأقل – من جانب أحد المتعاقدين. فالتسليم المادي للشيء يؤدي إلي إبرام العقد ويبرر سريانه، والمثال علي ذلك في القانون عقد هبة المنقول بالمناولة. وعقد التأمين في الحالات التي يستلزم فيها المؤمن أن يقوم المؤمن له بدفع القسط الأول لكي يعد عقد التأمين سارياً.

ثانياً : تقسيم العقود من حيث الأثر :

تنقسم العقود من هذه الزاوية إلي طائفتين، كل طائفة تنقسم بدورها إلي نوعين. وذلك وفقاً للجانب الذي ننظر منه إلي العقد من زاوية الأثر، فإذا نظرنا إلي العقد من ناحية الحقوق التي يرتبها لأطرافه، فإنه ينقسم

إلي عقد معاوضة وآخر تبرعي، وإذا نظرنا إليه من حيث الالتزامات التي يلقيها علي عاتق طرفيه نجد هناك نوعين من العقود، يسمي الأول، عقد ملزم لجانبين ويطلق علي الثاني عقد ملزم لجانب واحد.

١-عقد المعاوضة :

هو العقد الذي يرتب لكل من طرفيه حقوقاً متبادلة، والأصل في العقود أنها معاوضة، إذ الأصل في أغلب العقود في الواقع العملي أن يتلقي كل طرف فيها مقابلاً لما يؤديه من التزامات إلي الطرف الآخر، من ذلك مثلاً عقود البيع، الإيجار والعمل والوكالة والقرض بفائدة.

والأصل أن يكون المقابل متساوياً ومتعادلاً بين المتعاقدين وإن كان هذا لا يمنع من وجود حالات يحمل فيها أحد المتعاقدين أقل أو أكثر مما يعطيه للمتعاقد الآخر ويتم الحكم علي وجود التعادل أو التساوي بين الأداءات وفقاً لمعيار شخصي وليس موضوعياً، إذ العبرة بنظرة المتعاقد إلي ما يحصل عليه من وراء العقد بصرف النظر عن القيمة الاقتصادية الفعلية للمقابل، وهذا المعيار هو الأقرب إلي تحقيق استقرار المعاملات في المجتمع(١).

وليس بشرط أن يكون المقابل الذي يحصل عليه كل متعاقد شيئاً مادياً أو مالياً، يتم قبضه أو تبادله عند إبرام العقد، وإنما قد يتراخي

---

(١) د/ حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص١٠٣.

القبض إلي وقت لاحق أو لا يحدث تبادل فعلي للأداءات ومع ذلك نكون أمام عقد معاوضة، كما لو حدثت مقاصة بين تجار عند بيـع السـلع أو البضائع.

٢-عقد التبرع :

هو العقد الذي يحصل فيه أحد المتعاقدين علي مقابل دون أن يتحمل بأداء مقابل لما يحصل عليه، فأحد المتعاقدين يحصل علي قيمـة ماليـة دون أن يقدم للمتعاقد الآخر مقابلاً لها، ففي عقد الهبة يحصل الموهـوب له علي الشيء الموهوب دون أن يقدم للواهب مقابلاً لهذا الشيء ولهـذا، فإن وصف التبرع يلحق بالتزام المتعاقد أكثر من أن يكون وصفاً للعقـد ذاته. فالهبة بالنسبة للواهب من أعمال التبرع وبالنسبة للموهوب له فهـو متبرع له ويحصل من العقد علي فائدة محققة[1] ويشترط للقول بوجـود عقد تبرعي، اتجاه نية المتبرع إلي تحقيق نفع للطـرف الآخـر دون أن يحصل علي مقابل لهذا النفع ويكون قاصداً ذلك ومدركاً له. بمعني أنه لا يكفي انتفاء المقابل أي عدم حصول المتعاقد علي مقابل، وإنما يتعـين أن يقصد إلي عدم الحصول عليه فعلاً.

الآثار المترتبة علي التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع :

١-تكون شخصية المتبرع له محل اعتبار دائماً في عقـود التبـرع،

---

[1] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٧٢.

حيث لا يقدم المتبرع علي تقديم شيء إلي شخص آخر إلا إذا كان هذا الشخص له مكانة خاصة عنده أو يتوافر له صفة أو خاصية لا توجد في غيره من الأشخاص. وقد تكون هذه الصفة هي عاطفة الحب أو الاحترام أو الوفاء التي تدفع شخصاً إلي أن يتبرع بشيء إلي آخر. بينما في عقود المعاوضة، فإن شخصية المتعاقد غالباً ما لا تكون محل اعتبار في العقد، فالبائع لا يهمه من يشتري الشيء الذي يريد بيعه. وذلك كأصل عام لا يمنع من وجود بعض الحالات النادرة التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار في عقود المعاوضة. ويترتب علي ذلك أن أي غلط في شخص المتبرع له يؤدي إلي قابلية العقد للبطلان لمصلحة المتبرع.

٢-الأهلية المطلوبة لإبرام عقد التبرع هي الأهلية الكاملة فيما عدا الحالات التي يفرد فيها المشرع للقاصر الحق في الإيصاء أو التبرع، وتطبيقاً لذلك، إذا قام الصبي غير المميز بإبرام عقد من عقود التبرع كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً. فالأهلية المطلوبة هنا هي أهلية التصرف. بينما الأهلية المطلوبة في عقود المعاوضة هي أهلية الإدارة، بحيث يكون العقد الذي يبرمه القاصر قابلاً للإبطال لمصلحته بعد بلوغ سن الرشد أو لمن ينوب عنه.

٣-تعد مسئولية المتبرع أخف من مسئولية المعاوض، فالواهب عادة

ما لا يضمن للموهوب له العيوب الخفة في الشيء الموهوب، كما لا يضمن استحقاق هذا الشيء للغير سواء أكان استحقاقاً كلياً أو جزئياً، بعكس الأمر بالنسبة للبائع فهو يضمن العيوب الخفية في الشيء المبيع، كما يضمن في مواجهة المشتري التعرض الصادر من الغير والذي قد يؤدي إلي استحقاق الشيء المبيع، كلياً أو جزئياً.

ولا يسأل المودع لديه في عقد الوديعة بدون أجر عن حفظ الشيء المودع بنفس الشدة التي يسأل بها إن كانت الوديعة بأجر.

٤-لا يشترط القانون أن يثبت الدائن غش مدينه أو تواطؤه لنجاح دعوى عدم نفاذ تصرفات مدينه إلي الغير وذلك إذا كان التصرف تبرعياً، إذ يفترض المشرع هنا أن التصرفات التبرعية من جانب المدين هي دائماً بقصد الإضرار بالدائن ويجعل المدين سيء النية إلي أن يثبت العكس . بينما يستلزم المشرع من الدائن إثبات سوء نية المدين أو تواطئه إذا أراد الوصول إلي عدم نفاذ تصرفات مدينه في عقود المعاوضة. بمعني أن غش المدين أو تواطأه هنا لا يفترض وإنما يتعين إثباته من جانب الدائن لكي يصل إلي نجاح دعواه البوليصية.

٥-أخيراً تخضع عقود المعاوضة – كقاعدة عامة– لمبدأ رضائية العقود إلا ما استثني من ذلك بنص، بينما الأصل العام في عقود

التبرع أنها شكلية تبطل بطلاناً مطلقاً إذا لم يستوف الشكل الذي حدده لها المشرع. فالهبة لا تكون إلا رسمية وإلا وقعت باطلة.

٣-العقد الملزم لجانبين :-

إذا نظرنا إلي العقد من ناحية الالتزامات التي يلقيها علي عاتق طرفيه نجد أن هناك عقداً ينشئ التزامات متبادلة علي عاتق كل طرف، بحيث تشكل التزامات كل طرفيه المقابل الذي يتعهد من أجله الآخر بأداء التزاماته، والمثال الواضح علي ذلك عقد البيع، حينما يلقي علي عاتق البائع التزامات متعددة علي رأسها التزامه بنقل ملكية الشيء المبيع إلي المشتري الذي يلتزم - في المقابل - بالتزامات أخرى أولها وأهمها التزامه بدفع الثمن والأمر نفسه بالنسبة لمعظم العقود. ونشير إلي أن العقد الملزم لجانبين هو بالضرورة عقد معاوضة، ولكن ذلك لا يمنع من أن تكون بعض العقود الملزمة لجانبين عقود تبرعية، وذلك كالهبة إذا اقترنت بواجبات ملقاة علي عاتق الموهوب له بشرط أن تكون هذه الواجبات قليلة في قيمتها بحيث لا تتساوي مع قيمة الشيء الموهوب، إذ أنها لو تساوت معه لما كنا أمام عقد تبرع وإنما نصبح أمام عقد معاوضة.

ومن ناحية أخرى، توصف العقود الملزمة لجانبين بأنها عقود تبادلية، وهو وصف لا يثبت للعقد إلا عند لحظة إبرامه، بمعني أن العقد لكي يكون تبادلياً، لا بد وأن يلقي بالتزامات متبادلة علي عاتق طرفيه

لحظة إبرامه، أما إذا نشأ العقد ملزماً لجانب واحد، ثم نشأت التزامات أثناء التنفيذ علي عاتق الطرف الآخر، فإن هذا لا يؤدي إلي وصفه بأنه عقد تبادلي وإنما يظل العقد علي وصفه الأول، فإذا كانت هناك وديعة مجانية ، فإنها تظل عقداً ملزماً لجانب واحد حتى ولو قام المودع برد النفقات التي أنفقها المودع لديه في سبيل حفظ الشيء أو صيانته وحمايته من الهلاك[1].

٤-العقد الملزم لجانب واحد :

وهو ذلك العقد الذي لا يرتب - عند إبرامه - التزامات إلا علي عاتق طرف واحد بمعني أنه العقد الذي يوجد فيه طرفان أحدهما يتحمل بالتزام والآخر لا يلزم بشيء، بحيث يكون أحدهما مديناً غير دائن والآخر دائناً غير مدين. مثال ذلك الوديعة بدون أجر، إذ يلتزم فيها المودع لديه بحفظ الشيء والعناية به دون أن يتلقي مقابلاً لما يؤديه. ولا شك في أن العقد الملزم لجانب واحد يختلف عن التصرف الصادر بالإرادة المنفردة، فهذا الأخير لا يحتاج إلي صدور قبول من الطرف الآخر وإنما هو عبارة عن تعهد بالتزام صادر عن شخص يلزم نفسه بنفسه، ولا يتوقف ذلك الالتزام علي موافقة الطرف الآخر، بينما العقد الملزم لجانب واحد، إذا كان ينشئ التزاماً علي عاتق طرف دون الآخر فإن هذا الالتزام لا يقوم - وبالتالي لا وجود للعقد - إلا إذا صدر قبول

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٧١.

عن الطرف الآخر. وفي حالة تخلف هذا القبول لا ينعقد العقد ويظل ما صدر عن الطرف الأول مجرد إيجاب.

النتائج المترتبة علي التفرقة بين العقد الملزم لجانبين والملزم لجانب واحد :

١-**بالنسبة للفسخ** : فهو جزاء لا ينطبق إلا علي العقود الملزمة لجانبين فقط، بحيث إذا أخل أحد طرفيها في تنفيذ التزاماته، فإن للطرف الآخر التمسك بإنهاء العقد عن طريق الفسخ وذلك إذا توافرت شروطه وأياً كانت الصورة التي يتم بها الفسخ، أي سواء أكان فسخاً اتفاقياً أم قضائياً أم قانونياً، ولا يوجد هذا الجزاء - الفسخ - في العقد الملزم لجانب واحد، فإذا قصر الملتزم في تنفيذ التزامه، لا يكون أمام الطرف الآخر سوي مطالبته بتنفيذ التزامه أو بالتعويض وليس له التمسك في الفسخ، إذ ليس في إمكانه الضغط علي الطرف الآخر لأنه لا يلتزم في مواجهته بشيء؛ فإذا امتنع المودع لديه - في الوديعة بأجر - عن رد الشيء المودع فلا يكون أمام المودع سوي مطالبته برد الشيء أو التعويض.

٢-**أما التمسك بعدم التنفيذ** : فهي وسيلة لا يملكها إلا المتعاقد في العقد الملزم لجانبين إذ توجد التزامات متبادلة علي عاتق الطرفين، فإذا قصر أحدهما في تنفيذ التزاماته، فإن في إمكان الطرف الآخر التوقف عن تنفيذ ما تعهد به، كوسيلة يضغط بها

علي الطرف الآخر لإجباره علي التنفيذ. فإذا طالب المشتري البائع بتسليم الشيء المبيع، فإن من حق الأخير الامتناع عن ذلك حتى يقوم الأول بدفع الثمن، أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا يوجد إلا طرف واحد يلتزم في مواجهة آخر لا التزام عليه، ولهذا لا يمكن التمسك بعدم التنفيذ، لأنه إذا امتنع الملتزم عن أداء التزامه أو فكر في ذلك، فليس في مقدور الطرف الآخر التهديد بالامتناع عن تنفيذ التزامه، إذ لا التزام يقع عليه يمتنع عن أدائه.

٣- **الفارق الثالث بين العقدين يكمن في تحمل تبعة الهلاك** : ففي العقود الملزمة لجانبين، تكون التبعة علي المدين بتسليم الشيء الذي هلك، بينما في العقد الملزم لجانب واحد، فإن تبعة الهلاك تقع علي عاتق الدائن، فإذا هلك الشيء المبيع قبل أن يسلمه البائع إلي المشتري، فإن تبعة الهلاك تقع علي عاتق البائع حتى ولو انتقلت الملكية إلي المشتري. بينما لا يتحمل المودع لديه الشيء إذا هلك تحت يديه، وذلك إذا كان الهلاك بقوة قاهرة.

ثالثاً : تقسيم العقود من حيث الزمن :

إذا نظرنا إلي العقد من حيث الزمن الذي يستغرقه تنفيذه، نجد أن هناك نوعين من العقود :-

الأول : العقد الفوري : وهو العقد الذي لا يستغرق أداء التزاماته من

جانب الطرفين زمناً طويلاً، إذ لا يستمر تنفيذه مع الزمن، وإنما ينتهي بمجرد قيام الطرفين بتنفيذ التزاماتهما مرة واحدة، ومثال ذلك، عقد البيع، الذي ينتهي فور قيام البائع بتسليم الشيء المبيع والمشتري بدفع الثمن حتى ولو استغرق نقل ملكيته زمناً طويلاً، إذ يعد انتقال الملكية في العقار مثلاً التزاماً بعمل يقع علي عاتق البائع مضمونه القيام بعمل مؤداه اتخاذ إجراءات نقل الملكية، فالعقد الفوري لا ينشئ التزامات علي عاتق طرفيه إلا مرة واحدة ينتهي بعد أدائها. بينما يظل عقد البيع فورياً حتى ولو كان الثمن فيه مقسطاً علي المشتري، لأن الزمن المستغرق في دفع الثمن لا يعد عاملاً في تحديد مقدار الالتزام.

الثاني : العقد الزمني : وهو العقد الذي يستغرق أداء التزاماته من جانب الطرفين أو أحدهما زمناً معيناً، والمثال علي ذلك،عقد الإيجار، الذي لا ينتهي بمجرد قيام طرفيه بتنفيذ التزاماتهما مرة واحدة وإنما يظل قائماً، ويبقي كل طرف فيه ملتزماً بأداء التزاماته في كل فترة محددة في العقد. فالمؤجر يلتزم بتسليم العين المؤجرة وبقاءها في حيازة المستأجر طيلة مدة عقد الإيجار، وكذلك المستأجر ملتزم بدفع الأجرة في كل فترة ينتفع فيها بالعين المؤجرة. فالزمن في العقد المستمر عنصر مهم يتوقف عليه تحديد مقدار التزامات طرفيه، الأمر نفسه بالنسبة لعقد التوريد الذي يلتزم فيه المورد بتزويد الجهة المستوردة ما تم الاتفاق علي توريده في كل فترة محددة لذلك في نظير قيام المستورد بدفع مقابل التوريد عقب

كل مرة يتم فيها التوريد ويظل الأمر هكذا إلي أن ينتهي العقد بأية وسيلة قانونية أو يتفق عليها الطرفان.

وللتفرقة بين العقدين أهمية تظهر في :-

١-يؤدي فسخ العقد عموماً إلي إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد يطبق هذا الكلام بشكل طبيعي وعادي في العقود الفورية بينما تكتنفه بعض الصعوبات في العقد الزمني أو المستمر، إذ يصعب إعادة المتعاقدين إلي ما كانا عليه قبل التعاقد، بما يعنيه من ضرورة قيام كل متعاقد برد ما تلقاه من الآخر. وهو أمر يستحيل تحقيقه في كثير من العقود الزمنية. ففي عقد الإيجار، إذا كان في الإمكان إلزام المؤجر برد الأجرة التي تلقاها من المستأجر، فكيف نلزم الأخير برد المنفعة التي حصل عليها طيلة فترة العقد ولذلك، فقد اتفق الفقه علي أن يكون للفسخ أثر رجعي بالنسبة للعقود الفورية، بينما يكون له أثر فوري ومستقبلي بالنسبة للعقود الزمنية.

٢-تجد نظرية الظروف الطارئة (الاستثنائية) مجالاً للتطبيق في إطار العقود الزمنية إذ يجوز للقاضي أن يخفف من التزامات المتعاقد الذي صار تنفيذ الالتزام بالنسبة له مرهقاً بفعل الظروف الطارئة التي لم تكن موجودة أو متوقعة لحظة إبرام العقد، فهنا يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول (م١٤٧/٢

مدني) بينما لا يتصور تطبيق نظرية الظروف الطارئة ولا نتائجها علي العقد الفوري الذي لا يمتد تنفيذه مع الزمن.

رابعاً : تقسيم العقود من حيث طريقة إبرامها :

تنقسم العقود من هذه الزاوية إلي عقود مساومة وأخرى إذعان.

١- **عقد المساومة:** أو ما يسمي (بالعقد التفاوضي) فهو العقد الذي لا يبرم إلا بعد مساومات ومفاوضات بين الطرفين بهدف الوصول إلي البنود التي يتفقان عليها. وهذا هو الأصل في العقود وهو ما يتفق مع مبدأ سلطان الإرادة كما سبق القول، إلا أن التطور الاقتصادي وكثرة الفوارق المالية بين الأفراد أوجد نوعاً جديداً من العقود عرفت بعقود الإذعان.

٢- **عقود الإذعان** : وهي عقود يوجد فيها طرفان، طرف قوي وطرف ضعيف، أما الطرف الأول فيفرض شروطه علي الطرف الثاني، وعلي هذا أن يقبل الشروط برمتها أو يرفض التعاقد، وعلي ذلك ينص القانون المدني في المادة (١٠٠) علي أن : "القبول في عقود الإذعان يقتصر علي مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

وقد انقسم الفقه قديماً بالنسبة لهذه العقود فيراها البعض باطلة لعدم تمام الرضا، ويراها آخرون صحيحة لأن ضرورات الحياة توجب مثل

هذه العقود.

وقد جري الفقه علي اعتبار العقد من عقود الإذعان إذا توافرت فيه شروط ثلاثة :

١-أن يكون الطرف القوي (المنتج مثلاً) يمارس احتكاراً للسلعة التي يبيعها سواء أكان احتكاراً فعلياً أم قانونياً.

٢-أن يكون هذا الاحتكار لسلعة ضرورية أو خدمة أساسية، كالكهرباء والماء فشركات الكهرباء والماء شركات تحتكر مرفقاً عاماً يقوم بخدمة لا غني للجمهور عنها.

٣-أن يقدم المنتج سلعته بشروط متماثلة للمستهلكين جميعاً وعادة ما تكون مطبوعة وعلي المستهلك أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة.

وقد قطع التقنين المدني دابر الخلافات حول صحة الرضا في هذه العقود أو بطلانه فقضي بصحة هذه العقود استحساناً، في المادة (١٤٩) التي تنص علي أن : "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك".

وبشكل عام، فإن مما يخفف من غلواء عقود الإذعان ويوفر حماية كبيرة للطرف الضعيف فيه أمور عدة منها :-

١-أن تتدخل الدولة باستمرار لفرض رقابتها علي الشركات أو الأشخاص الذين تمنحهم احتكار مرفق عام. ويأتي تدخلها عادة لصالح المستهلكين، وذلك كشرط لإعطاء هذه الشركات امتياز استغلال المرفق العام.

٢-تبطل المحاكم كل شرط مجحف بالطرف المذعن وهو يكون كذلك إذ جاء متجافياً مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة أو مع ما تستوجبه مقتضيات حسن النية، ويستوي أن يكون هذا الشرط موجوداً في مكان ظاهر أو مستتراً في العقد المطبوع. وقد توسعت المحاكم في مفهوم عقد الإذعان واعتبرت عدم التعادل بين طرفي العقد كافياً لتوافر هذا العقد، وفي بعض الحالات توصلت إلي إبطال العقد إذا كان مخالفاً للآداب عن طريق تطبيق الشروط الخاصة بالمحل، أي يجب أن يكون ما اتفق عليه الطرفان مشروعاً واعتبر القضاء أن عدم التعادل الموجود في العقد مخالفاً للآداب وبالتالي فإن المحل غير مشروع.

٣-كما تبطل المحاكم كل شرط مجحف أو غير مجحف مادام موجوداً في مكان غير ظاهر في العقد بحيث لا يمكن الإطلاع عليه في يسر.

٤-كما تفسر المحاكم الشك والغموض الذي يكتنف عبارات العقد دائماً وفي كل الأحوال لمصلحة الطرف المذعن، وهذا مظهر آخر

من مظاهر الحماية للجانب الضعيف في عقد الإذعان ويمثل خروجاً علي القواعد العامة في التفسير، إذ القاعدة العامة أن الشك باستمرار يفسر لمصلحة المدين في حين أنه يفسر - في عقد الإذعان - لمصلحة الطرف المذعن حتى ولو كان دائناً بصدد ما يرد تفسيره. وقد قضت في الاتجاه هذا، محكمة السين الفرنسية "بأن المؤمن الذي يضع قانون العقد عليه أن يتحمل الغموض الناتج من الكتابة المسندة إليه، حتى إذا كان المقصود من التفسير هو تحديد التزاماته البحتة"(١).

٥-يجب مراعاة حسن النية في تفسير عقود الإذعان، فإذا كان حسن النية مبدأ عاماً في تفسير العقود عامة، فإن أهميته تزداد وأثره يعظم بشأن عقود الإذعان التي عادة ما تفرض علي طرف التزامات يصعب عليه مناقشتها أو يتعذر، وفي تطبيق قضائي علي عقد التأمين، قضت محكمة استئناف باريس(٢) بأن تغيير المؤمن له في اسمه في وثيقة التأمين لا يؤدي إلي إسقاط حقه في التعويض، إذ لا يؤثر ذلك في الخطر المؤمن منه، وبخاصة إذا كان المؤمن له قد أعطي بيانات أخرى تكفي لتحديد شخصيته. وعلي وجه العموم، فإن القضاء يبحث عن جوهر البند المراد

---

(١) SEINE, 27-5-1963, D, 1964. Somm. 17.

(٢) Paris, 14-2-1928, S. 1929. 2. 59.

تفسيره في عقد الإذعان، ولا يتقيد بحرفيته، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية في مجال التفسير [١].

ويلاحظ أن محاولات المشرع والفقه والقضاء لحماية الطرف الضعيف لا تحدث الأثر نفسه الذي تحدثه المنافسة الحرة في تقديم الخدمات أو السلع محل عقود الإذعان. فكلما قل الاحتكار وزادت المنافسة بين مقدمي السلع والخدمات. كانت هناك فرصة أكبر أمام المتعاقد للاختيار من بين هؤلاء ما يراه أقل حدة أو قسوة بشأن بنود العقد. وهذا ما يدفعهم إلي التخفيف من طابع الإذعان في العقود التي يطرحونها علي الجمهور. والمثال علي ذلك أن المتعاقد في عقد التأمين أصبح لديه حرية الاختيار بين نماذج ووثائق التأمين التي تطرحها الشركات علي راغبي التأمين.

خامساً : تقسيم العقود من حيث معرفة مقدارها :

تنقسم العقود من هذه الزاوية إلي عقود محددة وأخرى احتمالية.

فالعقد المحدد، هو ذلك العقد الذي يعرف كل طرف فيه ما له وما عليه، أي يعلم حقوقه والتزاماته عند إبرام العقد، من ذلك مثلاً عقود البيع، الإيجار، والعمل، إذ يعرف المشتري والبائع ما علي الأول من

---

[١] سعيد عبد السلام : سلطة محكمة النقض في الرقابة علي تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، ١٩٩٢، ص٩٢.

ثمن يتعين عليه دفعه وما علي الثاني من التزامات ينبغي القيام بها ويأتي في مقدمتها الالتزام بنقل الملكية أو التعهد بذلك. ولا يتعارض مع كـون العقد محدداً ألا يحصل أحد أطرافه علي ما كان قد تم تحديده عند التعاقد لأسباب طارئة عند التنفيذ أو يحصل علي أقل منه، فالعبرة هي بما تـم التعاقد عليه لا بما حصل عليه المتعاقد فعلاً.

بينما العقد الاحتمالي، فهو ذلك العقد الذي لا يستطيع فيه كل طـرف أن يعلم بالتزاماته أو حقوقه عند إبرامه. وإنما يتم تحديـد ذلـك لحظـة الانتهاء من تنفيذه ويتوقف ذلك علي الظروف المحيطة عندئذ ويعد عقـد التأمين المثال الواضح للعقد الاحتمالي، إذ لا يعـرف المـؤمن مقـدار الأقساط التي سوف يحصل عليها وكذلك المؤمن له لا يعلم حجـم مبلـغ التأمين الذي يستحقه، بل هو لا يعرف ما إذا كان سيحصل عليه أم لا.

ويظهر ذلك بشكل أوضح في عقد التأمين ضد الأضرار، إذ يصعب تحديد مبلغ التأمين عند إبرامه، لأن هذا المبلـغ يتوقـف علـي حجـم الأضرار الناتجة عن وقوع الخطر المؤمن منه.

والنتيجة المترتبة علي التفرقة بين العقد المحدد والعقـد الاحتمـالي، تكمن في الوقوف علي معرفة ما إذا كان هناك غبن وبالتالي استغلال في العقد أم لا، إذ يسهل معرفة ذلك بالنسبة للعقد المحدد بينما يكون ذلك من غير اليسير في العقد الاحتمالي. ولذلك، فإن العقود الاحتماليـة تنطـوي علي قدر كبير من المخاطرة مما دفع بعض الفقه – وبخاصة الإسـلامي

- إلي القول بأنها عقود غرر وتنطوي علي مقامرة.

سادساً : تقسيم العقود من حيث تنظيم المشرع :

تنقسم العقود من هذه الزاوية إلي عقود مسماة وأخرى غير مسماة ويقصد بالأولي تلك العقود التي ورد النص عليها في التقنين بالاسم، أي أن المشرع سمي كل عقد منها باسم معين، ومن ذلك عقد البيع، الإيجار، وغيرهما. أما الثانية فيقصد بها العقود التي لم يحدد لها المشرع اسماً معيناً لها وهي عقود ترتب آثارها القانونية مادامت تنطبق عليها المبادئ العامة في التقنين المدني.

ولا يدل اختصاص المشرع لبعض من العقود بأسماء معينة علي أهمية هذه العقود دون تلك التي لم يورد لها وصفاً محدداً. فإن من العقود غير المسماة ما بلغ شأواً عظيماً وأصبح ذات تأثير كبير في حياة الأفراد ما يضاهي، أو يفوق أهمية بعض العقود المسماة، فالعقد بين المهني وعميله هو عقد غير مسمي إلا أن أهميته لا تقل أهمية عن عقدي البيع والإيجار.

ونظراً لأهمية التفرقة بين العقد المسمي وغير المسمي، فإن مسألة التكييف تحتل مكانة في عمل القاضي ومن قبله الطرفين، إذ يترتب علي التكييف تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق علي العقد المطروح، ويتطلب التكييف الوقوف علي العناصر الواقعية المعروضة، ثم تحديد

العناصر القانونية التي تقابلها، فإذا وجد التقاء بين هذه العناصر وتلك كنا أمام عقد مسمي، وطبقنا أحكامه، وإذا تخلف هذا الالتقاء أصبحنا في مواجهة رابطة غير مسماة، وخضعت - بالتالي - للقواعد العامة، ومن هنا يتضح أن التكييف مسألة ضرورية لتطبيق أية قاعدة قانونية[1].

ويمكن تصنيف العقود المدنية المسماة الواردة في التقنين المدني إلي خمس مجموعات هي :

١- العقود التي تقع علي الملكية، وهي البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح.

٢- العقود الواردة علي الانتفاع بالشيء وهي الإيجار والعارية.

٣- العقود التي تقع علي العمل، وهي المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة.

٤- عقود الغرر، أي العقود الاحتمالية، وهي المقامرة والرهان، والمرتب مدي الحياة وعقد التأمين، فأما العقدان الأولان من هذه المجموعة وهما المقامرة والرهان، فالقانون قد نص علي بطلانهما، أي أنه نظم أحكام البطلان لا أحكام الصحة، وأما العقدان الأخيران وهما المرتب مدي الحياة وعقد التأمين فقد نظم

---

[1] د/ نبيل إبراهيم سعد : العقود المسماة، الجزء الأول، البيع، منشأة المعارف ، ٢٠٠١، ص١٢.

المشرع أحكام صحتهما باعتبارهما غير مخالفين للنظام العام.

٥- عقود التأمينات الشخصية كالكفالة وعقود التأمينات العينية كعقدي الرهن الرسمي والحيازي. وقد نظم المشرع هذين العقدين في باب الحقوق العينية التبعية، لا في باب العقود، لأنهما يرتبطان ارتباطاً وثيقاً بالحق العيني الناشئ عنهما، فعقد الرهن، عقد شخصي لأنه رابطة بين دائن ومدين ولكن ينشأ عنه حق عيني تبعي، للدائن سلطة تتبع الشيء المرهون كما تعطي أفضلية لهذا الدائن علي سائر الدائنين العاديين أو الدائنين المرتهنين الآخرين المتأخرين عنه في المرتبة علي التفصيل الوارد في نصوص القانون المدني.

الفصل الثاني

إبرام العقد وأركانه

الآن وبعد أن عرفنا العقد وعرفنا تقسيماته المتعددة، يتعين الوقوف علي تفصيلاته من حيث معرفة كيفية إبرامه وما ينبغي توافره من محل وسبب وشروط كل منهما.

المبحث الأول

إبرام العقد

لا يوجد عقد إلا حيث يكون هناك إرادتان تم التعبير عنهما والتقتا علي الالتزام بشيء متبادل، وهذا ما يعبر عنه بالتراضي. فضلاً عن ضرورة خلو الإرادة المعبر عنها من أي عيب يجعلها غير قادرة علي التعبير أو غير مدركة لما سوف تعبر عنه وتلتزم به وهو ما يسمي (شروط صحة الإرادة).

المطلب الأول

التعبير عن الإرادة

لكي يبرم عقد يجب أن تلتقي إرادة بأخرى مكونة ما يسمي بالتراضي وهو ما يشمل الركن الأول للعقد وهذا التراضي لا يؤتي أثره إلا إذا ظهر إلي العالم الخارجي من خلال التعبير عنه من جانب الطرفين، ولا يكفي وجود التعبير وبالتالي التراضي وإنما يتعين خلوه من أي عيب يؤثر فيه، وعلي ذلك يتناول هذا المطلب فرعين :

الأول : وجود التراضي من خلال التعبير عن الإرادة.

الثاني : خلو التراضي من العيوب.

الفرع الأول

وجود التراضي

نصت المادة (٨٩ مدني) علي أن "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وهكذا يتضح من النص أن التراضي (أي مجرد تبادل إرادات

الأطراف) يكفي لانعقاد العقد، وذلك في معظم العقود، اللهم إلا إذا كان القانون يقرر شكلاً معيناً أو إجراءات أخرى يتعين إتباعها لإبرام العقد. ولكن حتى تحدث الإرادة الأثر المطلوب لا بد وأن تتجه أولاً إلي إحداث الأثر القانوني، أي الأثر الذي يعترف به القانون ويقره، ولهذا لا بد وأن تكون الإرادة قادرة علي ذلك ومدركة لما تتجه إليه وأن تقصد فعلاً إلي إحداث هذا الأثر.

وغالباً ما تعبر الإرادة عن مضمونها صراحة وهو ما يسمي بالتعبير الصريح عن الإرادة وقد يكون هذا التعبير باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة، المهم هو أن يعبر الشخص عن إرادته بشكل صريح، والشخص حر في اختيار الوسيلة التي يعبر بها مادامت وسيلة كافية للكشف عن الإرادة، فإذا قال الشخص أبيع أو اشتري أو اقترض، يكون تعبيره باللفظ، وإذا كتب ذلك، كان تعبيراً بالكتابة، وقد يعبر الشخص عن إرادته بالإشارة كهز الرأس أفقياً مما يعني الرفض أو رأسياً مما يعني الموافقة، فهذه كلها وسائل للتعبير عن الإرادة تعبيراً صريحاً، وقد يتم هذا التعبير بأن يتخذ الشخص موقفاً لا يقوم شك في الدلالة علي اتجاه إرادته، فبائع الجرائد الذي يعرضها علي الجمهور يكون قد أعلن عن إرادته بالرغبة في بيعها وكل شخص يقدم إليه ثمن الجريدة يعلن عن إرادته أيضاً في الشراء وهنا يبرم عقد بيع بدون التلفظ وإنما بأن اتخذ كل من طرفيه موقفاً لا يوجد شك في الدلالة علي مقصوده.

وكما يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، فإنه يكون ضمنياً بأن يتخذ الشخص مظهراً خارجياً يدل دلالة واضحة علي نيته أو إرادته. فمتى يقوم شخص ببيع شيء وعده آخر ببيعه له إذا أبدي رغبته في ذلك. فقيام الموعود له ببيع الشيء الموعود به يدل بشكل ضمني عن اتجاه إرادته إلي قبول تنفيذ الوعد بالشراء. كذلك الدائن الذي يقوم بتسليم سند الدين إلي المدين، فإنه يدل دلالة ضمنية علي رغبته في التنازل عن استيفاء الدين.

ويصح التعبير الضمني للكشف عن الإرادة في الحالات التي لا يستلزم فيها القانون شكلاً معيناً لإفراغ الإرادة فيه. ففي وجود مثل هذا الاستلزام لا بد وأن يتم التعبير عن الإرادة صراحة أو بالأحرى كتابة ولا يفيد التعبير الضمني في الحالات التي يتفق فيها الطرفان علي أن يكون التعبير صريحاً. وقد عبرت عن ذلك كله المادة (٩٠ مدني) التي نصت علي أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته علي حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان علي أن يكون صريحاً".

ويثير الفقه في هذا الصدد مسألة تتعلق بالحالات التي تختلف فيها الإرادة الظاهرة، كما التعبير عنها عن الإرادة الباطنة كما كان يقصد الشخص فعلاً. وهو ما أظهر في الفقه وجود نظريتين الأولي تسمي

الإرادة الباطنة ويطلق علي الأخرى الإرادة الظاهرة فبأي الإرادتين نعتد ؟؟

يلاحظ – بداءة – أن النقاش لا يثور في الحالات التي تتطابق فيها الإرادتان، بأن يعبر الشخص ظاهرياً عما كان يقصده باطنياً، وإنما يثور النقاش في الحالات التي تتعارض فيها الإرادتان، فهناك من يري تغليب الإرادة المعبرة عنها (أي الإرادة الظاهرة) حتى ولو تعارضت مع حقيقة ما اتجهت إليه إرادة الشخص وذلك حرصاً علي استقرار المعاملات بين الناس وأخذاً بالظاهر ولصعوبة إثبات الباطن، أي إثبات الإرادة الحقيقية. بينما اتجه بعض آخر إلي ضرورة تغليب الإرادة الحقيقية الظاهرة باعتبارها المعبر الحقيقي عن قصد المتعاقد ولتلافي الأخطاء التي قد يقع فيها الشخص أثناء التعبير عن الإرادة.

وفي الحقيقة أنه لا يمكن الأخذ بأي من النظريتين علي وجه الإطلاق، وإنما يتعين ترجيح احداهما علي الأخرى بشكل نسبي، بحيث يمكن الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة كأصل عام، علي أن يسمح للمتعاقد بإمكانية إثبات العكس، أي إقامة الدليل علي أن ما عبر عنه ليس هو حقيقة ما يقصده وفي الحالة هذه يمكن الأخذ بالإرادة الباطنة علي سبيل الاستثناء.. وعلي ما يبدو أن المشرع المصري يأخذ – كقاعدة عامة – بنظرية الإرادة الحقيقية ويبيح للمتعاقد إثبات عكس ذلك من خلال إقامة الدليل علي أن التعبير عن الإرادة جاء خلافاً لحقيقتها عن طريق التمسك

بعيوب الرضا أو الصورية.

النيابة في التعبير عن الإرادة :

الأصل في التعاقد أن يعبر كل متعاقد عن إرادته بنفسه لكي تنصرف إليه أثار هذا التعبير، ولكن توجد بعض الحالات لا يستطيع الشخص أن يعبر فيها بنفسه عن إرادته إما لأنه لا يريد ذلك أو لا يقدر عليه، فهنا ينيب شخصاً آخر لكي يعبر عن إرادته وهو ما يطلق عليه (النيابة في التعاقد) وهي ما يمكن تعريفها. بأنها قيام شخص يسمي النائب مقام شخص آخر يسمي الأصيل في إبرام تصرف أو تصرفات قانونية ينصرف آثارها إلي الأصيل. وقد تجد النيابة مصدرها في النص القانوني وتسمي عندئذ بالنيابة القانونية كما في حالات القيم والسنديك، وقد تكون نيابة اتفاقية كما في الوكالة.

وأياً كان مصدر النيابة أو نوعها فإن هناك شروطاً يتعبن توافرها لصحتها.

١-حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

وبهذا الشرط يختلف التعاقد عن طريق نائب عن التعاقد برسول، ففي التعاقد عن طريق الرسول يقتصر دور الأخير علي نقل إرادة المتعاقد إلي الشخص الأخر دون أن يكون له أي دور في العقد أو بنوده، فهو مجرد ناقل للإرادة، مع ما يترتب علي ذلك من آثار أهمها ضرورة

الاعتداد بإرادة المتعاقد فيما يتعلق بالشروط القانونية المطلوبة لصحة التعبير عنها ولقدرتها علي إبرام العقد، بينما في التعاقد من خلال نائب فإن دور الأخير لا يقتصر علي نقل إرادة الأصيل، وإنما يتعدي دوره ذلك من خلال قيامه بالتعبير عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، فإرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل ولذلك فإنه يعتد بهذه الإرادة عند البحث في مدى خلوها من العيوب، وعلي ذلك، إذا كان النائب بالغاً سن الرشد وإرادته خالية من العيوب؛ فإن العقد يكون صحيحاً حتى ولو كان الأصيل غير مميز أو يشوب إرادته عيب من العيوب.

وهذا هو الأصل العام الذي لا ينفي وجود حالات قد يعتد فيها بإرادة الأصيل لا بإرادة النائب كما لو كان الأخير يتصرف وفقاً لتعليمات محددة من الأصيل ومعلومة للمتعاقد الآخر، وهنا يحكم علي العقد بالصحة أو البطلان تبعاً للوقوف علي إرادة الأصيل من حيث خلوها من العيوب، كما يؤخذ بعلم الأصيل أو جهله بالظروف المحيطة بالمتعاقد عند الرغبة في معرفة مدي توافر علمه بالشيء المتعاقد عليه وبنود ما يتم التعاقد عليه[١] وهو ما نصت عليه المادة (٢/١٠٤ مدني) بقولها "وإذا كان النائب وكيلاً ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعملها هو، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها".

---

[١] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص١٠.

أما فيما يتعلق بأهلية الأداء، فإن الفقه يري ضرورة توافرها في الأصيل لا في النائب، إذ يجوز للقاصر أن ينوب عن بالغ سن الرشد في إبرام العقد، وذلك علي أساس أن آثار العقد تنصرف إلي الأصيل حتى ولو أبرم من خلال نائب، ومن هنا يجب أن يكون لدي هذا الأصيل أهلية أداء كاملة تمكنه من تلقي هذه الآثار وتقديرها.

٢-أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه :

إذ يتعين أن يظهر من التعاقد أن النائب إنما يبرم التصرف باسم الأصيل لا باسمه هو ولحساب الأصيل لا لحسابه هو وهو ما يفرض علي النائب ضرورة أن يظهر ذلك وهو يعبر عن إرادته بحيث يتمكن المتعاقد معه من معرفة ذلك. وفي بعض الحالات يفترض علم المتعاقد الآخر بحقيقة النائب، فإذا أهمل في ذلك لم يكن له أن يتمسك بجهله بأن المتعاقد يتعاقد بصفته نائباً لا أصيلاً، وهذا ما يتوافر في الحالات التي يعلم فيها المتعاقد بصفة النائب، أو إذا كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بهذه الصفة.

وذلك بسبب الظروف المحيطة بالمتعاقد التي تدل بذاتها علي أن الشخص إنما يتعاقد لحساب شخص آخر، فمن يتعاقد مع الوصي فإن عليه حتماً العلم بأن آثار التعاقد سينصرف إلي القاصر في أمواله وليس إلي هذا الوصي والأمر نفسه بالنسبة للعامل الذي يتعامل مع الغير، فإن علي هذا الغير العلم بأن آثار هذا التعامل ستنصرف إلي رب العمل.

علي ما يترتب علي ذلك من نتائج قانونية أهمها أن الأصيل هو الذي يتحمل الالتزامات الناتجة عن التصرف، كما أن الحقوق الناشئة عنه ستنصرف إليه. بما يعطيه الحق في مطالبة المتعاقد مع النائب بها، كما يحق لهذا المتعاقد مطالبة الأصيل بالالتزامات المترتبة علي تصرف النائب، ولا يحق لكل من الأصيل أو الغير الامتناع عن تنفيذ التزاماته بحجة أن العقد قد أبرم عن طريق نائب.

وقد قضي في ذلك "وحيث أن مما ينعاه الطاعن بصفته علي الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون وفي بيان ذلك يقول أنه أبرم عقد بيع السيارة موضوع النزاع كنائب في حدود نيابته عن المطعون ضده الثاني، والذي تترتب في ذمة هذا الأخير مباشرة كأصيل دون نائبه آثار هذا التعاقد من التزامات وحقوق، وإذ قضي الحكم المطعون فيه رغم ذلك بإلزامه والمطعون ضده الثاني بتضامنهما برد مقدم ثمن السيارة والأقساط المدفوعة إليهما من المطعون ضده الأول، فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه[١].

وقضي أيضاً بأن "وحيث أن مما ينعاه به الطاعنة علي الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب وفي بيان ذلك تقول بأن الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أورد في أسبابه أن الوكيل الملاحي لا يسأل

---

[١] طعن رقم ١١١٢ لسنة ٧٠ ق في ٢٠٠١/١١/٢٨.

في أمواله الخاصة عن ديون ملاك السفن التي يمثلها ثم انتهي إلي رفض الدعوى علي سند من أنها لم تتظلم من أمري التقدير فأصبحا نهائيين واجبي النفاذ حتى ولو كانت هي المالكة للمنقولات المحجوزة، في حين أن الثابت في الأوراق أن الحكم في... صدر ضدها بصفتها وكيلاً ملاحياً عن ملاك السفينة وليس بصفتها الشخصية، الأمر الذي يعيب الحكم"(١).

وتوجد حالات تنصرف فيها آثار العقد إلي الأصيل حتى ولو لم يعلم النائب – وقت التعامل – أنه يتعاقد بصفته نائباً ولا يعلم الغير بهذه الصفة وليس من المفروض عليه حتماً العلم، وهي الحالات التي لا يختلف فيها الأمر عن أن الآثار ستنصرف إلي الأصيل أم إلي النائب، إذ كان يستوي عند الغير أن يتعامل مع الأصيل أو مع النائب، فمن يذهب إلي محل تجاري لشراء سلعة ويفعل ذلك ويقوم بدفع ثمنها، لا يهم البائع ما إذا كان المشتري يشتري السلعة لنفسه أو لشخص من الغير، فالمهم عنده قبض ثمنها.

وقد نصت علي ذلك المادة (١٠٦ مدني) بقولها "إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلي الأصيل دائناً أو مديناً إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو

---

(١) طعن رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٩ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦.

مع النائب .

وإذا أخفي النائب – وهو يتعامل – صفة النيابة بناء علي طلب الأصيل، فإن أثار التصرف تنصرف أيضاً إلي الأصيل وذلك في العلاقة بين الأصيل والنائب بينما يسأل النائب عن هذه الآثار في علاقته بالغير، بمعني أن حقوق التصرف والتزاماته تنشأ في ذمة النائب (الوكيل) أولاً ثم تنتقل بعد ذلك إلي الأصيل، الذي يظل مجهولاً بالنسبة للغير، ولهذا لا يستطيع الغير مطالبة الأصيل بما رتبه التصرف من آثار عن ذمته، كما لا يملك الأصيل الحق في مطالبة الغير بما نتج عن التصرف من حقوق له. فكلاهما لا يعرف الآخر ويظل النائب مسئولاً في مواجهة الاثنين.

٣-عدم مجاوزة النائب حدود نيابته :

فحتى يلتزم الأصيل بآثار التصرف الذي يبرمه النائب يبقي علي هذا الأخير أن يتقيد بحدود النيابة لا يتجاوزها إذ عليه أن يتعاقد في حدود ما أُنيب فيه وبالشروط التي حددها الأصيل. وهي الشروط التي بينها القانون في حالات النيابة القانونية أو يوضحها الاتفاق عندما تكون النيابة اتفاقية. فإذا حدث وتجاوز النائب حدود النيابة أو خالف شروطها فإن الآثار المترتبة علي هذا التجاوز أو تلك المخالفة لا يلتزم بها الأصيل ويصبح من حقه التنصل منها، ويظل النائب وحده مسئولاً عنها في مواجهة الغير، إذ تزول عنه هنا صفته كنائب ويصبح كأصيل.

ويأخذ الحكم نفسه، الحالات التي تنتهي فيها النيابة ومع ذلك يظل النائب يتصرف باعتباره كذلك، فإذا تم عزل النائب، فإن كل التصرفات التي يأتيها بعد عزله لا تنصرف آثارها إلي الأصيل ولا يسأل عنها بشرط أن يعلم النائب بانتهاء نيابته، أما إذا كان يجهل ذلك وتعامل مع الغير، فإن التصرف هنا يكون قد صدر عنه كنائب ويلتزم به الأصيل وذلك حفاظاً علي مبدأ حسن النية طالما أن من تعامل معه يجهل ذلك أيضاً؛ وهو ما نصت عليه المادة (١٠٧ مدني) بقولها "إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه حقاً كان أو التزاماً يضاف إلي الأصيل أو خلفائه". ويأتي هذا الحكم متسقاً مع مبدأ الاعتداد بالوضع الظاهر وحفاظاً علي مبدأ الثقة الذي يجب أن يسود التعامل للوصول إلي استقرار المعاملات في المجتمع.

وقد أوردت المادة (٢/٧٠٣ مدني) استثناء علي شرط عدم مجاوزة النائب حدود نيابته بقولها في الفقرة الثانية "علي أن له – الوكيل – أن يخرج عن هذه الحدود متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق علي هذا التصرف، وعلي الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل خروجه عن حدود الوكالة". والفرض هنا أن النائب يعلم – وهو يتصرف – بتجاوزه لحدود النيابة إلا أنه يستحيل عليه إخطار الأصيل بهذا التجاوز،

ويعتقد – في الوقت نفسه – أن هناك حقاً سيعود علي الأصيل من وراء تصرفه وأنه لو عرض الأمر عليه لكان قد وافق علي التصرف.

ونشير إلي أنه في الحالات التي يتجاوز فيها النائب حدود نيابته ويتصرف، فإنه يصبح فضولياً بالنسبة للأصيل الذي يكون من حقه إقرار هذا التجاوز وهنا تنصرف آثاره إليه وإذا لم يقره فإن من حق النائب الرجوع علي الأصيل ومطالبته بمقابل ما تحقق له من نفع من وراء التصرف وذلك وفقاً لقواعد الإثراء بلا سبب.

آثار النيابة :

إذا تحققت الشروط السابقة، فإن آثار التصرف الذي يبرمه النائب ينصرف إلي الأصيل سواء أكانت حقوقاً أم التزامات، وإلي هذا أشارت المادة (١٠٥ مدني) بقولها "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلي الأصيل". وبناء علي ذلك يحق للغير مطالبة الأصيل بما له من حقوق تترتب علي العقد الذي أبرمه النائب وذلك بدعوى مباشرة، كما يملك الأصيل بأن يطالب هذا الغير بحقوقه التي نشأت عن العقد وبدعوى مباشرة أيضاً. فمسئولية كل من الأصيل والغير عن آثار العقد هي مسئولية مباشرة وشخصية. وتظل العلاقة بين الأصيل والنائب محكومة بالقواعد القانونية المنظمة لمصدر النيابة، سواء كان القانون أم الاتفاق.

تعاقد النائب مع نفسه :

افترض المشرع أن الإنسان عندما يتعاقد مع نفسه لا يكون الرضا خالياً من العيوب في أغلب الأحوال، ذلك لأن النائب يتحكم بإرادته في مصلحتين متعارضتين. والتعارض في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتعاقدين مع أصالته عن نفسه تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها ومن أجل ذلك نصت المادة (١٠٨) من القانون المدني علي أن : "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، علي أنه يجوز للأصيل في هذه الخالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة".

ومعني قول المشرع "سواء أكان التعاقد لحسابه" هو أن يكون الشخص نائباً عن المشتري فيبيع النائب عقاره هو ويوقع عقد البيع بالنيابة عن المشتري. أو يكون نائباً عن البائع فيشتري ملك البائع ويوقع العقد نيابة عن هذا البائع.

وقول المشرع "أم لحساب شخص آخر"، يقصد الصورة التي يكون فيها الشخص نائباً عن المشتري ولكن النائب ليس طرفاً أصيلاً في العقد، فيبيع أرض زيد لعمرو وهو نائب عن الاثنين، وهذه الصورة قد تؤدي إلي عدم الحيدة من جانب النائب لأن زيداً قد يكون أحب إلي النائب من عمرو أو العكس، ومن هنا يقع التعارض بين مصلحتي الطرفين، كما أن

تحريم بيع (تعاقد) النائب لنفسه يقوم علي قرينة قانونية هي أن الأصيل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون البيع للنائب وإلا كان قد تعاقد معه مباشرة، إلا أنه – لما كانت هناك حاجة للإنابة – فإن هذه القرينة يُمكن إثبات عكسها في حالات ثلاثة :

١-إذا صرح الأصيل بقبول هذا الوضع سلفاً.

٢-إذا أجاز الأصيل العقد بعد انعقاده علي هذا الوضع.

٣-إذا قضي بذلك القانون أو قواعد التجارة.

وقد ورد – بشأن عقد البيع – نصوص أخرى متعلقة به تتفق في معظمها مع الأحكام التي جاءت بها النصوص العامة، وتختلف معها في جزئيات. ومن ذلك المادة (٤٧٩ مدني) "لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضي اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة (قرار جمهوري مثلاً) أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد ما نيط به بيعه، بموجب هذه النيابة ما لم يكون ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القوانين الأخرى"[(١)].

فالتعاقد بمقتضي المادة (١٠٨) غير جائز كأصل وجائز استثناء إذا قبل الأصيل التعاقد علي هذا الوجه مقدماً أو أجازه مؤخراً أو نص عليه

---

(١) وتقابل هذه النصوص نصوص التقنيات العربية الأخرى مثل المواد ٤٤٧-٤٤٩ من التقنين السوري، والمادتين ٥١٤- ٥١٥ من التقنين المدني الكويتي.

القانون أو قواعد التجارة، ولكن في البيع خاصة لا يجوز بمقتضي المادة (٤٧٩) إلا بإذن من القضاء.

وكذلك المادة (٤٨١ مدني) تنص علي أن : "العقد يصح في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجاز من تم البيع لحسابه".

وأخيراً يمكن القول أن التعاقد – دون البيع – يجوز إذا أقره الأصيل إقراراً مسبقاً أو لاحقاً أو قضت به قواعد التجارة، لكن في البيع خاصة لا بد من قبول الأصيل، أو استئذان القضاء في بعض الأحوال وفي غير ذلك ممنوع ولو نصت علي ذلك قواعد التجارة، علي الرغم من جواز ذلك في أوجه التعاقد الأخرى.

تعاقد النائب عن طرفي العقد :

هنا لا يكون النائب أصيلاً في التعامل من جانب، ونائباً عن الغير من جانب آخر، بل هو نائب عن الطرفين بالنيابة عن شخص ويتلقي هو بنفسه البيع بالنيابة عن آخر للشيء المبيع نفسه.

هل يجوز ذلك ؟

ذكرت المادة (١٠٨) من القانون المدني بان : "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل، علي أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل هذا مع مراعاة ما يخالف، ما يقضي

به القانون أو قواعد التجارة".

ولم تتعرض المواد ٤٧٩، ٤٨٠، ٤٨١ لهذه الحالة في باب البيع فبقيت علي إطلاقها.

وإذا يستطيع النائب أن يتعاقد مع نفسه بالبيع وغيره إذا كان نائباً عن الطرفين ويعمل لحساب الطرفين لا لحساب نفسه، وذلك في الحالات الآتية :

١-وجود تصريح سابق علي التعاقد.

٢-أو وجود إجازة لاحقة.

٣-أو وجود نص قانوني، ومثل هذه النصوص موجود في قانون الولاية علي المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بالنسبة للأولياء وخاصة الأب.

٤-أو وجود عرف تجاري، وهذا العرف موجود بالنسبة للوكلاء بالعمولة فقد جري العرف التجاري علي أن نيابتهم عن طرفي العقد جائزة من غير تصريح أو إجازة. ولكن بشرط ألا يكون هؤلاء الوكلاء أصليين في أي عقد وإلا انتقلنا إلي نصوص المواد (٤٧٩) وما بعدها، الواردة في باب البيع.

الفرع الثاني

ركنا التراضي (الإيجاب والقبول)

لا يوجد تراضي إلا حيث تلتقي إرادتان وتتفقان علي إحداث أثر قانوني من خلال عقد، ويكون تلاقي الإرادتين عن طريق تعبير عن طرف أول يسمي الموجب ويطلق علي ما يصدر عنه "إيجاب" وموافقة تصدر عن طرف ثان وهو القابل الذي يعبر بإرادته عن قبول الإيجاب.

الغصن الأول

الإيجاب

هو تعبير بات وكامل صادر عن إرادة شخص وموجه إلي آخر بغرض التعاقد معه ويختلف الإيجاب عن الدعوى للتعاقد ويقصد بها أن يوجه شخص إلي الجمهور دعوة يعلن فيها عن رغبة في التعاقد؛ وهي لا توجه إلي شخص بعينه وإنما إلي الكافة ولا تتضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فمن يضع إعلاناً علي منزله يعرض فيه رغبة في بيعه أو إيجاره يعد ما فعله دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، ومن يضع إعلاناً في الصحف أو التلفزيون للتعاقد يعد كذلك دعوة للتعاقد لأنه موجه إلي الجميع ولا يحتوي علي البنود الأساسية للعقد.

وحتى يؤتي الإيجاب أثره القانوني يتعين أن يصدر عن صاحبه باتاً ليس معلقاً علي شرط أو مضافاً إلي أجل، كما ينبغي أن يتضمن الشروط الأساسية والعناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه. وإذا صدر الإيجاب علي هذا النحو صار ملزماً لصاحبه الذي لا يكون في مقدوره العدول عنه أو الرجوع فيه طيلة الفترة التي حددها لبقاء إيجابه قائماً وتنص في ذلك المادة (٩٣ مدني) بقولها : "

١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالإبقاء علي إيجابه إلي أن ينقضي هذا الميعاد.

٢-وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة" وقد يحدد الموجب بقاء إيجابه قائماً بشكل صريح، وقد يحدد - في بعض الحالات - بطريقة ضمنية كأن يستفاد من الظروف المحيطة بالتعامل أو وفقاً لطبيعته.

وإذا ثار شك حول تحديد ميعاد الإيجاب، فإن لقاضي الموضوع أن يستخلصه بسلطته التقديرية ويسقط التزام الموجب بإيجابه في الحالات الآتية :

١-إذا انتهت المدة التي حددها لبقاء إيجابه دون أن يصادف قبولاً[1].

---

[1] وقد جاء في المذكرة الإيضاحيئة للقانون المدني أن "يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال الميعاد المحدد للقبول متى حدد له ميعاد، سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب الغائب أو الحاضر، فإذا انقضي الميعاد ولم يصل القبول، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب، بعد أن فقد ما توافر له من الإلزام، بل هو يسقط سقوطاً تاماً". المجموعة ، ج٢ ص٣٦.

٢-إذا رفض من وجه إليه الإيجاب في خلال المدة المعينة.

٣-إذا انفض مجلس العقد دون أن يصدر القابل قبوله.

وإذا سقط الإيجاب بحالة من الحالات السابقة، فإن صدور القبول بعد ذلك لا يؤدي – بدوره – إلي إبرام عقد وإنما يعد هذا القبول إيجاباً جديداً يحتاج إلي صدور قبول ممن وجه إليه.

الغصن الثاني

القبــول

القبول هو تعبير إرادي يتضمن الموافقة علي الإيجاب والرغبة في إبرام العقد. ويصدر هذا التعبير عن شخص يسمي القابل؛ وحتى يؤتي هذا القبول أثره في إبرام العقد لا بد وأن :

١-يصدر في زمن مازال فيه الإيجاب قائماً، أما إذا صدر بعد ذلك فإنه يعد إيجاباً جديداً يحتاج - بدوره - إلي قبول. والفرض هنا أن المتعاقدين يجمعهما مجلس عقد واحد وهو ما أشارت إليه المادة (٩٤ مدني) بقولها "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلي آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل. فإذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً (التعاقد بالتليفون) تعين أن يصدر القبول فوراً بحيث لا يفصل بينه وبين الإيجاب وقت، فإذا انفض المجلس دون ذلك، سقط الإيجاب ولا قيمة للقبول الذي يصدر بعد ذلك. أما إذا لم يجمع المتعاقدين مجلس واحد، فسنرى لاحقاً متى وأين يبدأ العقد[١].

---

[١] ويشير الفقه إلي حالة استثنائية يمكن أن يصدر فيها القبول علي الرغم من انفضاض مجلس العقد، وهي تلك الحالة التي يظل فيها كل من المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد ولا ينصرف إلي غيره وأن يبقي الموجب علي إيجابه فلا يرجع فيه أثناء مجلس العقد.

السنهوري : المرجع السابق ص٢٧٣.

٢-أن يصدر مطابقاً للإيجاب علي الأقل في عناصره الأساسية، فإذا جاء مخالفاً له بأن عدل فيه أو زاد أو انقص منه فلا يبرم العقد وإنما نصبح - في هذه الحالة - أمام إيجاب جديد أيضاً يحتاج إلي قبول. وفي ذلك تنص المادة (٩٦ مدني) بقولها "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً" . ولكن لا يشترط تطابق القبول مع الإيجاب تطابقاً تاماً وإنما يكفي أن يأتي موافقاً له علي الأقل في عناصره الجوهرية حتى ولو اختلف معه في شروطه التفصيلية إذ يتولي القاضي الفصل في هذا الخلاف. إلي هذا أشارت المادة (٩٥ مدني) بقولها "إذا اتفق الطرفان علي جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف علي المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".

٣-أن يصدر القبول صريحاً بأن يعبر الشخص عن إرادته بالموافقة علي إبرام العقد سواء كان التعبير بالكتابة أو بالتلفظ أو حتى بالإشارة. كما يمكن أن يعبر عن القبول بشكل ضمني بأن يتخذ القابل موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته علي مقصده

ورغبته في إبرام العقد[١].

ولكن هل يمكن أن يعد مجرد السكوت قبولاً ؟؟

نجيب بأنه إذا كانت القاعدة الفقهية تقول بأنه لا ينسب لساكت قول، فإن الأخرى تقول "أن السكوت في موضع الحاجة بيان" وإلي هذه الأخيرة مال المشرع المصري إذ نصت المادة (٩٨ مدني) بقولها "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل علي أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه" فهذا النص يشير إلي وجود حالات قد يعد فيها السكوت قبولاً وتأتي هذه الحالات علي سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التي تضمنها القاعدة العامة ومؤداها أن مجرد السكوت غير الملائم لا يصلح لأن يكون تعبيراً عن الإرادة في القبول ومن باب أولي في الإيجاب.

وهذه الحالات هي :-

١-إذا جري العرف التجاري علي اعتبار السكوت موافقة علي إتمام العمل فإذا أرسل البنك إلي عميله الحساب السنوي ولم يعترض

---

[١] ويعد من قبيل القبول الضمني قيام من وجه إليه الإيجاب بتنفيذه اختيارياً.

عليه الأخير عد ذلك منه قبولاً له وإقراراً به.

٢-إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين، وكان العقد الجديد يتصل بهذا التعامل السابق، فإن السكوت في هذه الحالة يعد قبولاً من المتعاقد الذي وجه إليه الإيجاب، فإذا اعتاد محل تجاري علي إرسال بضاعة إلي أحد العملاء واقتصر دور الأخير علي استلام فاتورة البضاعة ودفع ثمنها، فإن ذلك يعد منه قبولاً علي إبرام عقد البيع بالثمن الوارد بالفاتورة.

٣-إذا تمخض الإيجاب عن منفعة محضة لمن وجه إليه وسكت هذا الأخير فإن ذلك يعد قبولاً منه، ممن يعرض علي آخر أن يهبه منقولاً ما ثم سكت هذا الآخر، فإن عقد الهبة يبرم هنا بسكوت الموهوب له.

متي يقترن القبول بالإيجاب ؟

وبعبارة أخرى، ما هي اللحظة التي يعد فيها العقد مبرماً ؟ فهناك مراحل يمر بها القبول إلي أن يقترن بالإيجاب، إذ يبدأ بصدوره عن القابل ثم ينتقل إلي تصديره منه ثم تأتي لحظة وصوله إلي الموجب وينتهي أخيراً إلي وقت العلم به من قبل الموجب، ففي أي وقت من هذه الأوقات ينعقد العقد باقتران القبول بالإيجاب، وظهرت - في هذا الصدد نظريات أربع :-

الأولي : صدور القبول : ويعد العقد مبرماً بمجرد أن يصدر القبول عن القابل، فاللحظة التي يولد فيها العقد ويصير ملزماً لطرفيه هي تلك اللحظة التي يصدر فيها القبول، كما يعد المكان الذي يوجد فيه القابل هو مكان إبرام العقد، فبمجرد إعلان القبول يبرم العقد علي أساس أن توافق الإرادتين يتم بمجرد التعبير عنهما.

الثانية : تصدير القبول : هذه النظرية لا تكتفي بصدور القبول عن القابل، بل تشترط أن يخرج هذا القبول عن حيازته بأن يقوم بتصديره بأي شكل من أشكال الإرسال كأن يقوم بوضع الخطاب الذي يحتوي علي القبول في صندوق البريد، أو يقوم بالضغط علي مفتاح الإرسال بالنسبة للفاكس أو شبكة الإنترنت أو البريد الإلكتروني. فالمهم هنا هو أن تكون إرادة القابل باتة في الموافقة وهي لا تكون كذلك إلا إذا خرجت من حيازته وفي طريقها إلي الموجب.

الثالثة : وصول القبول : وتتقدم هذه النظرية خطوة عن سابقتها، بأن تشترط أن تصل موافقة القابل إلي الموجب، فلا يكتفي بأن يصدر عن القابل ولا أن يقوم بتصديرها، وإنما يتعين أن تقع في أيدي الموجب. فالقبول بوصوله إلي الموجب يصبح نهائياً لا يستطيع القابل استرداده ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد سواء أكان الموجب قد علم فعلاً بالقبول أم لم يعلم به.

الرابعة : العلم بالقبول : كان من نتيجة الانتقادات التي وجهت إلي

النظريات السابقة والتي تقوم في أساسها علي عدم وجود الدليل علي علم الموجب بمضمون القبول في الحالات السابقة، أن ظهرت نظرية أخيرة لا تكتفي بصدور القبول ولا تصديره ولا حتى وصوله إلي الموجب، وإنما تشترط – علاوة علي ذلك – أن يعلم الموجب بوصول القبول وبمضمونه أيضاً، إذ قد يصل القبول إلي الموجب فعلاً ولكنه يحتاج إلي فهم محتواه كأن يقوم بترجمته إذا كان بلغة غير لغته أو بعرضه علي متخصص، ففي مثل هذه الحالات لا يعد العقد منعقداً إلا من اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول علماً فعلياً ويقف علي محتواه. وإذا كان العلم الفعلي أو الحقيقي أمراً يصعب إثباته فإن هناك قرينة تقوم علي ذلك بمجرد وصول القبول، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب الموجب.

وقد أخذ المشرع المصري في التقنين المدني بالنظرية الرابعة موضحاً في المادة (٩١) منه بأن "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة علي العلم به ما لم يقم الدليل علي عكس ذلك". وأكدت ذلك أيضاً المادة (٩٧ مدني) بقولها "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول".

الغصن الثالث

صُور خاصة للقبول

إذا كانت الصورة الغالبة للقبول هي تلك التي عرضناها من قبل، فإن هناك حالات استثنائية يتخذ فيها القبول شكلاً خاصاً يختلف عن القاعدة العامة ونعرض فيما يلي لهذه الحالات :-

الأولي : القبول في عقود المزاد :

في المزاد يقوم الشخص بطرح ما يريد التعاقد عليه وبيان عناصره الجوهرية ليتقدم بعد ذلك أكثر من شخص راغباً في التعاقد ويقوم صاحب المزاد باختيار الشُخص من بين المتعاقدين الذي يعرض التعاقد بالشروط والمواصفات المطروحة في المزاد. ولهذا فإن هناك مراحل ثلاثة تتم في عقد المزاد تبدأ بطرح المزايدة ثم تقديم العروض وتنتهي برسو المزاد علي من قدم أفضل عرض، فأيٌ من هذه المراحل يعد إيجاباً وأيها يعد قبولاً ؟ لا يمكن القول بأن طرح المزايدة يعد إيجاباً وإنما هو عبارة عن دعوة للتعاقد موجهة إلي الجمهور أو إلي فئة منه، فإذا استجاب أحد الأشخاص لهذه الدعوة عد ذلك منه إيجاباً يعرض علي صاحب الدعوة، فإذا وافق هذا الأخير علي ذلك يصدر قبولاً وبه ينعقد العقد. وعلي ذلك فإن المراحل الثلاث هي دعوة للتعاقد من قبل صاحب المزاد إيجاب يقدمه أحد الأشخاص، وقبول يتم برسو المزاد عليه.

وقد نصت في ذلك المادة (٩٩ مدني) علي أن "لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلاً"(١).

الثانية : القبول في عقود الإذعان :

يأخذ القبول في هذه العقود شكلاً خاصاً لأنه يأتي في صورة موافقة مطلقة علي ما يعرضه الموجب دون إمكانية مناقشة بنود عرضه أو حذف بعضها أو إضافة أخرى فالقابل هنا ليس أمامه سوي الموافقة الكلية علي الإيجاب أو رفضه كلية وفي الحالات أغلبها يوافق القابل علي ذلك. وقد عرضنا من قبل لعقود الإذعان نحيل إليه.

---

(١) وقد قضي في هذا بأن "من المقرر عملاً بحكم المادة ٧٨ مدني (كويتي) أن المتقدم بالعطاء سواء في المزايدات أو في المناقصات، التي تأخذ حكمها، ليس إلا إيجاباً من صاحب العطاء فلا بد لإنعقاد العقد أن يصادفه قبول بإرساء المزاد أو المناقصة عليه ممن يملكه" تمييز كويتي في ١٩٩٠/١/٢٩، طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٨٩ تجاري، مجلة القضاء والقانون، لسنة ١٨ ١٩٩٦ رقم ٢٥ ص١٠١، ويلاحظ أن العقد يعد منعقداً من لحظة رسو المزاد لا من تاريخ تصديق الجهة الإدارية عليه إذا تعلق الأمر بعقد إداري.

كما قضي أيضاً بأن "طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات، ليس إيجاباً وإنما مجرد دعوة إلي التفاوض، الإيجاب هو الاستجابة لهذه الدعوة، التقدم في مناقصة بعطاء بالشروط المبينة فيها، إيجاب يتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة له، اختلافه عنه زيادة أو نقصان أو تعديلاً، اعتبار قبول الجهة له رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ، محكمة النقض طعنان رقما ١٦٩٦، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ق في ٢٠٠١/١/٢٣.

الثالثة : التعاقد بالعربون :

نصت المادة (١٠٣) من التقنين المدني علي أن : "١- إذا دفع العربون وقت إبرام العقد فهذا يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه، إلا إذا قضي الاتفاق بغير ذلك. ٢- فإذا عدل من دفع العربون فقده، وإذا عدل من قبضه رد ضعفه هذا ولو لم يترتب علي العدول أي ضرر".

ويختلف الوعد بالبيع عن البيع بالعربون، فالبيع بالعربون ينعقد فيه البيع فعلاً، أما الوعد بالبيع فإن الذي ينعقد فهو عقد الوعد، أما عقد البيع ذاته فلا ينعقد إلا بعد ذلك، إذ يتراخي حتى يبدي الموعود رغبته في البيع، وإذا ذكر لفظ العربون فمعناه أن البيع قد انعقد، وأن لكل من طرفيه الحق في العدول غنه رغم انعقاده فإذا عدل المشتري صادر البائع العربون ولو لم يصبه ضرر من العدول، وإذا عدل البائع رد العربون ومثله معه (المادة ١٠٣ مدني)[1]، ومع ذلك قد يكون دفع العربون

---

[1] وبذلك يكون المشرع المصري قد رجح دلالة الرجوع عند ذكر العربون علي دلالة تأكيد إبرام العقد مع البدء في تنفيذه فوراً وأقام قرينة قابلة لإثبات العكس، والمرجع الأخير لهذه القرينة هو إرادة المتعاقدين يستظهرها قاضي الموضوع تحت رقابة محكمة النقض.

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن : "لمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن انعقد البيع به باتاً أم أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان ذلك مقاماً علي أسباب سائغة. (نقض مدني ١٩٥٦/٣/٢٢، طعن رقم ٣٠٧، س٢٣ق، مجموعة أحكام النقض، س٧، ص٣٦٩). =

مقصوداً به أن يفهم البائع أن البيــع قــد صــار باتــاً، أي بــه تنقطـع المفاوضات في شروط البيع وليس مقصوداً به حق العدول من الطرفين، وعلي كل حال، فإن ذكر العربون يفيد مبدئياً حق الرجوع، إلي أن يثبت أحد الطرفين أن المقصود به غير ذلك.

وقد ينصب الاتفاق علي أن يكون الرجوع من حق أحــد المتبــايعين دون الآخر، فإن كان من له الحق في الرجوع البائع وحده وجب عليه أن يرد العربون وضعفه، وإن اتفق علي أن من لــه حــق الرجــوع هــو المشتري وحده فقد العربون.

وإذا حدث هذا الاتفاق صريحاً فلا توجد عقبة في تفسير العقــد فــي هذه الجزئية، إنما يكون النزاع إذا ذكر أن المشتري دفع للبائع مبلغ كــذا كعربون ولم يذكر شيء عن العدول.

والحقيقة أن اللفظ "عربون" يوحي بوجوب تطبيق نص المادة (١٠٣) علي من عدل، ولكن للطرف الآخر أن يثبت أن المقصــود مــن دفـع العربون ليس هو إثبات حق العدول بل العكس إثبات أن البيع قد أصــبح باتاً، وأن العربون ما قصد به إلا أنه جزء من الثمن، وعلــي الطــرف الأول إثبات عكس ذلك، وعلي كل حال فإن العربون إذا كان يمثل جزءاً

=وقضت أيضاً بصحة تكييف عقد البيع بأنه بيع بالعربون علي الرغم من اشتمال العقد علي عبارة أنه نافذ المفعول إذ لا تعني هذه العبارة أكثر من نفاذ العقد بشروطه. (نقض مدني في ١٩٥٦/٤/٥، طعن رقم ٣٢٧ س٢٢ق، مجموعة النقض، ص٧، ص٥٠٨).

كبيراً من الثمن كان قرينةً علي أن المقصود به جعل الصفقة باتة لا عدول فيها.

وقد قضت محكمة النقض بأن : "النص في الفقرة الأولي من المادة (١٠٣ مدني) علي "... يدل علي أنه وإن كان لدفع العربون دلالة العدول، إلا أن شروط التعاقد قد تقضي بغير ذلك والمرجع في بيان هذه الدلالة هو لما تستقر عليه نية المتعاقدين وإعطاء العربون حكمه القانوني، وإذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن أورد نص البندين ....، .... من عقد البيع، وقد جاء صريحاً في أن ما دفعه المشتريان هو "عربون" والذي ينص أولهما علي موعد محدد للتوقيع علي العقد النهائي، ويتضمن الثاني الشرط الفاسخ الصريح انتهي إلي أن نية المتعاقدين استقرت علي أن يكون العقد باتاً، ثم رتب الحكم علي ذلك رفض دفاع الطاعنين البائعين بأن لهم الحق في خيار العدول، فإنه لا يكون قد خالف القانون..."[١].

فإذا لم يحدث عدول ممن له الحق فيه كان العربون جزءاً من الثمن.

واختلف الفقه في تفسير طبيعة هذا العقد، فقيل إنه بيع معلق علي شرط واقف هو عدم عدول أحد الطرفين[٢]، أو علي شرط فاسخ هو

---

(١) الطعنان رقما ٣٨، ٥ لسنة ٣٩، جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣، مج أحكام النقض، س٢٦، ص٤٥٧.

(٢) COLIN et Capitant. Et de la Morandiere. Cour élémentaire de droit civil Français. T. 1. 1948. No. 848.

عدول أحد الطرفين، وبه ينفسخ العقد وقيل هو التزام بدلي ملزم لطرفيه بالالتزامات التي تنشأ عن عقد البيع، أي بيع، غير أن للبائع أن يوفي بالعربون ومثله بدلاً من إتمام الصفقة، هذا إذا كان العدول من قبل البائع، فإذا كان العدول من قبل المشتري، كان من حق هذا المشتري أن يتنازل عن العربون بدلاً من دفعه الثمن كله وإتمام الصفقة[١].

---

[١] د/ مختار القاضي، المرجع السابق، ص٣١.

الفرع الثالث

صورة خاصة للتراضي

إذا كان التراضي بركنيه علي نحو ما عرضنا يؤدي إلي وجود عقد بشكل نهائي واجب التنفيذ، ويعرض - بالتالي - الطرف الذي لا ينفذ للمسئولية العقدية، فإن التراضي قد يوجد أيضاً بعنصريه الإيجاب والقبول ولكنه لا يرتب عقداً ملزماً واجب التنفيذ في الحال علي طرفيه وإنما ينشئ حالة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي، وهي ما نسميها الوعد بالتعاقد، فالوعد بإبرام عقد هو تعاقد غير نهائي وليس واجب النفاذ فوراً، وهو قد يكون ملزماً لطرف دون طرف وقد يكون ملزماً للطرفين معاً. ويعد الوعد وصفاً يلحق بالعقد يجعله بذلك مختلفاً عن العقد النهائي ولهذا الوعد صور ثلاث :

١ -وعد بالبيع من جانب واحد :

وفيه يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيعه الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة، وهنا يكون صاحب الشيء هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في ذلك بينما لا يلزم هذا الأخير بالشراء.

٢-وعد بالشراء من جانب واحد :

وفي هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتريه منه إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة، وهنا لا يلتزم صاحب الشيء بالبيع وهو حر إن شاء أظهر رغبته في البيع وإن شاء لم يظهر.

٣-الوعد بالبيع والشراء :

رأينا أن الوعد قد يكون ملزماً لجانب واحد فيه ويكون الوعد بالبيع ملزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر والوعد بالشراء ملزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء أي تجتمع الصورتان المتقدمتان.

أما في الوعد بالبيع والشراء من الجانبين،فهو وعد ملزم لجانبيه وهو بيع كامل فيه يلتزم صاحب المنزل ببيعه للطرف الآخر وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائه منه ولو ضمناً(١).

والوعد بالبيع، عقد في ذاته، يجب أن تتوافر له جميع مقومات العقود من رضاء ومحل وسبب وغيره، ولكن هذا العقد ملزم للواعد، غير ملزم للموعود إلا إذا أراد، أي إظهر رغبته من جديد في أن يجعل البيع باتاً، مثل الوعد الذي يقطعه الشخص علي نفسه بأن يبيع آخر منزله الكائن

---

(١) انظر في تفصيل ذلك : السنهوري، الوسيط، ج٤، ص٧٢ وما بعدها.

JOSSERAND Cour de droit civil, Français, T. 2. 2eme ed. no. 1089.

BOYERS, La promesse Synallgmatique de vent. Rev. Trim dr. Civ. 1949, p. 7.

بشارع كذا رقم كذا في مدينة كذا بمبلغ مائة ألف جنيه، وذلك علي مدي شهر من تاريخه، فيقول له قبلت ذلك، هنا يكون البائع هو الواعد، ويظل مرتبطاً، غير أنه يجوز للمشتري أن يظهر رغبته في تنفيذ الوعد، فيصبح عقد الوعد بالبيع بيعاً باتاً، والصورة العكسية هي أن يقول المشتري لمالك العقار أعدك أن أشتري منزلك... في مدي شهر. هنا يظل المشتري مرتبطاً بالشراء مدة شهر، والبائع غير مرتبط، غير أن للبائع أن يظهر رغبته في البيع وبهذه الرغبة يصير الشراء باتاً، وينقلب الوعد بالشراء شراء باتاً ويسمي الوعد في الصورة الأولي وعداً بالبيع، وفي الصورة الثانية وعداً بالشراء.

وقد حدد المشرع أحكام الوعد في المادتين (١٠١، ١٠٢) من التقنين المدني، فقد نصت المادة (١٠١) علي أن : "١- الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. ٢- وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام العقد". فالوعد بالبيع مثلاً، لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للبيع المراد إبرامه، وهي تشمل تحديد المبيع، وتحديد الثمن وتحديد وقت لظهور الرغبة الطارئة، كما يجب أيضاً أن تستوفي في عقد الوعد الشكلية المطلوبة في عقد البيع نفسه إذا كان القانون يتطلب فيه شكلية

معينة(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن : "مؤدي نص المـــادتين ٩٥، ١/١٠١ من القانون المدني أنه متى اتفق الواعد والموعود له علي جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به وعلي المدة التي يجب فيها علي الموعود لــه إظهار رغبته في الشراء، ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، ولا يؤثر في صحة انعقاده ونفاذه قيام الخلاف بين الطرفين حول تنفيذ أي منهما لالتزاماته المترتبة عليه لأنهما في النهاية يخضعان فيمــا اختلفا فيه لأحكام القانون الواردة في هذا الخصوص، لما كان ذلك، وكان المقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية التي يــري المتعاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان يتم البيع بدونها، وكان الطرفان لم يفصحا عن وجود شروط أخرى أراد تعيينها لانعقاد الوعد بــالبيع عــدا أركانه الأساسية وهي المبيع والثمن، ولم يشترطا أن العقد لا يــتم عنــد عدم الاتفاق علي المسائل التفصيلية مثل ميعاد الوفاء بالثمن، فــإن هــذا

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت في الدعوى أن ... وعد بشراء قطعة الأرض... بالسعر المحدد به، كما وعدت الشركة المطعون عليها بأن تبيعه هذه القطعة بذات السعر، فإن هذا الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام ملزم للطرفين، تترتب عليه كل الآثــار التــي تترتب علي البيع ولا يؤثر فيه إرجاء التحديد النهائي لمساحة البيع، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر الاتفاق المشار إليه عقد بيع كامل الأركان، ورتب علي تنازل المشــتري عــن حقوقه في هذا العقد إلي الطاعنين.. ثم قبول الشركة انتقال حقوق والتزامات المشتري الأول إليهما اعتبارهما مشترين فإنه لا يكون قد خالف القانون..." نقض مدني فـــي ١٩٧٢/٥/٢٥، مجموعة أحكام النقض السنة ٢١ رقم ١٥٧، ص١٠١.

الوعد الصادر من المطعون ضدهما قد انقلب إلي عقد بيع تام يرتب كافة آثاره القانونية بمجرد ظهور رغبة الطاعن في الشراء بإنذاره المعلن لهما..."[1].

كما يفهم من المادة (١٠٢ مدني) أنه إذا انعقد الوعد صحيحاً وأظهر الموعود له رغبته النهائية في إبرام عقد البيع، ولم يستجب الواعد، كان للموعود له أن يطلب إلي القاضي إبرام العقد بالشروط المتفق عليها، ويكون ذلك بإصدار حكم قضائي يقضي باعتبار الوعد بالبيع بيعاً باتاً نافذاً، في دعوى خاصة بذلك تسمي دعوى نفاذ الوعد، وتسري علي هذه الدعوى المواعيد العادية للتقادم وتبدأ مدة سريانه من يوم انتهاء مدة الوعد، فإذا كان الميعاد لإبرام العقد سنة، بدأت مدة السقوط بعد انتهاء السنة.

ويختلف الوعد بالبيع، عن الإيجاب الملزم للبيع، وصورة هذا الإيجاب الملزم أن يرسل شخص لآخر خطاباً يعرض فيه أن يبيعه منزلاً مملوكاً له بمبلغ كذا، وينتظر منه الإجابة في مدي شهر مثلاً، فالموجب هنا ملزم بالانتظار شهراً، ولكنه يلتزم بإرادته المنفردة، لأن الطرف الآخر لم يظهر رغبته في الشراء ولم يقبل الشراء ولا الوعد به، أما في حالة الوعد بالبيع فإن المشتري قد أظهر رغبة أولية في الشراء، وبالتالي

---

[1] نقض مدني في ١٩٨٠/٢/٢٧، طعن رقم ٩٧٠ لسنة ٤٩، مج أحكام النقض، المكتب الفني، س٣١، ص٦١٨.

فقد انعقد عقد البيع بالوعد فعلاً، فإذا التزم الواعد بالبقاء علي وعده حتى نهاية المدة المتفق عليها فإن هذا البقاء لا يكون بإرادته المنفردة، بل أساسه عقد الوعد بالبيع الذي انعقد بإيجاب وقبول صحيحين وحددت فيه المسائل الجوهرية لعقد البيع، وينعقد البيع من تاريخ إبداء الرغبة[١] مع مراعاة أنه يشترط قانوناً لانعقاد عقد بيع إذا ما أبدي الموعود له رغبته في التعاقد، مطابقة إرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة.في كل المسائل الجوهرية التي تناولها التعاقد، فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل في الوعد، فلا ينعقد العقد ما لم يقبل الواعد هذا التعديل، إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد فلا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر... "[٢].

ومن صور الوعد بالبيع، الوعد بالتفضيل وهو وعد يقدمه شخص إلي آخر علي أن يبيعه شيئاً، إذا ارتضي السعر الذي يحدده شخص ثالث فأحكامه هي أحكام الوعد البيع، ولكن تحديد الثمن يتوقف علي إرادة شخص ثالث، هو المشتري المفضول، وصورته أن تقول لشخص إذا عرضت منزلي للبيع في مدة كذا فإني أفضلك علي أي مشتري إذا قبلت بالثمن الذي يعرضه، وهنا يحق للموعود له أن يظهر رغبته في الشراء عند العرض، كما يجوز له أن يرجع عن هذا الشراء، لأنه غير مرتبط به وإنما المرتبط به هو البائع.

---

[١] د/ مختار القاضي، المرجع السابق ، ص٢٨.

[٢] نقض مدني في ١٩٦٥/١٢/١٦، طعن رقم ١٩٨، لسنة ٣١ق، مج أحكام النقض، المكتب الفني، ص١٦ ص١٢٩١.

الفرع الرابع

سلامة التعبير عن الإرادة من العيوب

لا يرتب التعبير عن الإرادة أثره في إبرام العقد وإلزام المتعاقد بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، إلا إذا كانت هذه الإرادة سليمة وكان التعبير عنها صحيحاً، ولا تكون الإرادة كذلك ولا التعبير عنها هكذا إلا إذا كان الشخص الصادرة عنه أهلاً لذلك وكانت إرادته غير معيبة بأي عيب من عيوب الإرادة؛ وهكذا يتضح أنه يشترط لسلامة التعبير عن الإرادة أن يكون لدي صاحبها أهلية الأداء المطلوبة لإبرام العقد وأن تخلو الإرادة من العيوب. وأحكام الأهلية يتم دراستها في الدراسات المتعلقة بنظرية الحق وما يتناوله من أحكام أهلية الأداء من حيث تدرجها مع سن الإنسان، فإذا بلغ سن الرشد (٢١ سنة) صار بالغاً كاملاً أهلية الأداء وقادراً علي إبرام أي تصرف بشرط عدم وجود عارض من عوارض الأهلية سواء أكانت معدمة للإرادة (الجنون والعته) أو منقصة لها (العته والسفه).

كما يشترط أيضاً انتفاء موانع الأهلية (كالغائب والمفقود والمحكوم عليه بعقوبة جناية وصاحب العاهة والعاجز عجزاً جسمانياً شديداً). وسوف لا نتعرض لهذه الأحكام تفصيلياً مكتفين بالإحالة بشأنها إلي ما

ورد في كتب نظرية الحق[١] ونركز في هذا الصدد علي دراسة أحكـام العيوب التي تلحق الإرادة عند التعبير عنها، وهذه العيـوب واردة فـي القانون علي سبيل الحصر وهي الغلط – التدليس الإكـراه والاسـتغلال والغبن في بعض الحالات.

---

(١) انظر في ذلك – كتابنا – نظرية الحق – ٢٠٠٧.

الغصن الأول

الغلط L'erreur

وهو وهم يقوم في ذهن المتعاقد يجعله يتصور أمراً علي غير حقيقته؛ كأن يتصور واقعة غير صحيحة علي أنها صحيحة أو واقعة صحيحة علي أنها غير ذلك ويدفعه إلي إبرام العقد، والغلط بهذا التحديد هو الذي يشكل عيباً من عيوب الإرادة، ويختلف – بذلك – عن الأنواع الأخرى من الغلط مثل الغلط في الحساب[١] أو في النقل أو في التفسير. فالغلط الذي يعيب الإرادة حالة نفسية أو ذهنية وإحساس داخلي يدفع الشخص إلي التعاقد علي نحو مخالف للواقع. كأن يستأجر شقة علي أنها بحرية ثم يتضح أنها قبلية، أو يشتري تمثالاً علي أنه أثري ثم يتبين له عكس ذلك.فهنا لولا هذا الوهم الذي دفع الشخص إلي التعاقد لما أقدم علي ذلك.

وقد أوضحت المواد من (١٢٠ إلي ١٢٤ مدني) أحكام هذا الغلط وشروطه، فقد أشارت المادة (١٢٠) إلي شروط الغلط بقولها "إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد، إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط، أو كان علي علم به، أو كان من السهل

---

(١) وقد نصت المادة (١٢٣ مدني) علي أن "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب، ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".

عليه أن يتبينه"، فمن هذه المادة يتضح ضرورة توافر شرطين لتوافر الغلط كعيب للإرادة وهما :-

١-وجود غلط جوهري.

٢-علم المتعاقد الآخر بالغلط أو كان من السهل عليه العلم به.

أولاً : وقوع المتعاقد في غلط جوهري :

وقد أوضحت المادة (١٢١ مدني) الغلط الجوهري بقولها "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ٢- ويعتبر الغلط جوهرياً علي الأخص : أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية، ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

فهذه المادة تبين أن الغلط الجوهري الذي قد يؤدي إلي إبطال العقد من جانب من يقع فيه هو ذلك الغلط الدافع إلي التعاقد، بحيث لولا وجود هذا الغلط لما أقدم الشخص علي التعاقد، أي أن الأخير لو وقف علي حقيقة الأمر لما أبرم العقد، وإنما الذي دفعه إلي ذلك هو الوهم أو الالتباس الذي وقع في ذهنه حول حقيقة الشيء المتعاقد عليه أو بالنسبة

للمتعاقد الآخر ذاته. ونشير إلي أن المعيار الذي نعتمد عليه في الحكم علي جوهرية الغلط من عدمه، هو في الأصل معيار ذاتي يعتمد علي نية المتعاقد ودافعه، إذ العبرة دائماً بالخصائص والأوصاف التي وضعها المتعاقد عند تعاقده وليس بالخصائص الحقيقية التي تكون عليها مادة الشيء في ذاته.

وقد أوضح المشرع أنه ليس بأي غلط يحق للمتعاقد أن يتمسك به، وإنما يتعين أن يبلغ هذا الغلط حداً من الجسامة يدفعه إلي التعاقد، بحيث لو انتفت هذه الجسامة لما تعاقد، وعلي ذلك، فإن الغلط اليسير الذي لا يصل إلي درجة الجسامة لا يعطي الحق لمن وقع فيه بالتمسك بالإبطال.

ولما كان تحديد درجة الجسامة يتوقف علي اتجاه نية الشخص ودافعة، وكان ذلك أمراً صعباً في الحالات معظمها لتعلقه بحالة نفسية يصعب إقامة الدليل عليها، فإن المشرع قد خفف من ذلك بأن أقام قرينة موضوعية تعد استثناء من المعيار الشخصي وتطبيقاً – في الوقت ذاته – للمعيار الموضوعي، تضمنت هذه القرينة الفقرة الثانية من المادة (١٢١ مدني) التي افترضت أن الغلط يكون جوهرياً إذا وقع **أولاً** في صفة جوهرية للشيء محل العقد، وتحدد هذه الصفة تبعاً لنظرة المتعاقدين أو وفقاً للظروف المحيطة بالعقد أو طبقاً لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود التعامل عموماً.

واستخلاص جوهرية الصفة من نية المتعاقد أمر يختص به قاضي

الموضوع الذي عليه في – حالات الشك – الاستعانة بخبير. وقد قضي في ذلك بأن "تمسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بوقوعه في غلط جوهري لتوهمه أنه اختص في عقد القسمة المبرم بينه وبين المطعون ضده بالمساحة المحددة فيه وأنه لو كان يعلم أن جزءاً منها يتداخل في طريق عام لأحجم عن إبرام العقد، وبأن قسيمه كان عالماً بوقوعه في ذلك الغلط ودلس عليه بسكوته عمداً عن تلك الواقعة في حين أن الأخير قرر في محضر استجواب بأن الطريق كان مقاماً منذ أمد طويل وتأيد ذلك بتقرير الخبير الذي أضاف أنه يقتطع من نصيب الطاعن، دفاع جوهري، عدم عناية الحكم المطعون فيه لتحقيقه مقيماً قضاءه برفض دعوى الطاعن بطلب إبطال العقد علي حالة إن الطريق أنشئ بعد تحريره، مخالفة للثابت بالأوراق وقصور مبطل"[١]، وعلي ذلك، إذا اشتري شخص أرضاً معتقداً أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار، ثم تبين بعد ذلك أن الأرض محصورة من جهاتها الأربع ولا منفذ لها إلي الطريق العام. ومن اشتري قطعة قماش معتقداً في أنها تقبل الغسيل، ثم اتضح العكس يكون قد وقع في غلط يعطيه الحق في إبطال العقد.

ويعد الغلط جوهرياً إذا وقع **ثانياً** في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، بشرط أن تكون هذه الصفة أو تلك الذات هي السبب الرئيسي في التعاقد، فإذا اتفق مريض مع طبيب علي إجراء عملية جراحية ظناً منه

---

[١] طعن رقم ٥٥٢٤ لسنة ٦٣ق. جلسة ٢٠٠١/٤/١٧.

أن الطبيب أستاذ في كلية الطب أو استشاري جراحة، ثم اتضح له أن الطبيب حديث التخرج ولم يحصل علي دراسات متخصصة في مجاله. ومن يهب لآخر شيئاً معتقداً في أنه فقير يحتاج إلي الهبة، ويتضح له عكس ذلك. ومن تعاقد مع شخص معتقداً في أنه رسام أو فنان أو مهندس ثم تبين له عكس ذلك فإن الغلط يكون متوافراً في الحالات السابقة.

ولكن هل يعد الغلط في القانون عيباً في الإرادة يعطي الحق في التمسك بالإبطال، القاعدة العامة أنه يجوز للشخص التمسك بوقوعه في غلط القانون لكي يبطل العقد، والاستثناء يتعلق بوجود نص يمنع الشخص من ذلك طبقاً لما نصت عليه المادة (١٢٢ مدني) بقولها "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين، هذا ما لم يقض القانون بغيره" وعلي ذلك، إذا اعتقد شخص بوجود قاعدة قانونية تلزمه بأمر ما علي خلاف الواقع، وكان المتعاقد الآخر يعلم بحقيقة عدم وجود مثل هذه القاعدة، فإن لمن وقع في هذا الوهم التمسك بالإبطال إذا كان تصوره لوجود القاعدة هو الذي دفعه إلي التعاقد كمن يتخارج من التركة ظناً منه أن له الربع فيها، ثم يتضح له بعد ذلك أن نصيبه أكبر من ذلك طبقاً للقاعدة القانونية الحقيقية، فإنه يستطيع إبطال هذا التخارج لا علي أساس جهله بوجود

القاعدة بل لأنه وقع في غلط بشأن القاعدة القانونية واجبة التطبيق[١]. ولا شيء يمنع من ذلك إلا وجود نص قانوني يقضي بغير ذلك، كما هو الحال في نص المادة (٥٥٦ مدني) الذي يقضي بأن "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون".

كما لا يجوز للشخص التعلل بالغلط في القانون بهدف مخالفة قاعدة آمرة أو الالتفاف حول الغاية التي قصدها المشرع من وجود نص، فمن يبرم عقد قرض بفائدة تتجاوز الحد الأقصى الذي يجوز لاتفاق عليه وهو ٧%، بحجة جهله بهذا الحد الأقصى، ففي مثل هذه الحالة لا يجوز له التمسك بالإبطال وإنما يحقق الفائدة إلي الحد الأقصى المقرر قانوناً.

الشرط الثاني : علم المتعاقد الآخر بالغلط أو كان من السهل عليه العلم بذلك :

وقد أوضحت المادة (١٢٠ مدني) هذا الشرط، فإذا كان هذا المتعاقد لا يعلم بوقوع المتعاقد الآخر في غلط ولم يكن في مقدوره تبيان هذا الغلط، فليس من العدل أن نعطي لمن وقع في الغلط الحق في إبطال العقد لما في ذلك من إضرار بالغ بالآخر حسن النية، ولعل هذا هو بعض ما

---

[١] وقد قضي في ذلك أن "وإن كان يجوز الاتفاق علي أجرة تقل عن الأجرة القانونية ولا يعد ذلك مخالفة للنظام العام، إلا أنه يعد من قبيل العيب الذي يشوب إرادة العاقدين أن يثبت أن هذا الاتفاق كان وليد غلط في تبين القانون الواجب التطبيق وهو ما يجوز معه للمتعاقد طلب إبطاله (نقض مدني في ١٣ ديسمبر ١٩٧٨ طعن رقم ٨٤٦ لسنة ٤٤ق).

أشارت إليه المادة (١٢٤) بقولها "وليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية ٢- ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه؛ إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

والغلط الذي يؤدي إلي إبطال العقد نتيجة اتصال المتعاقد الآخر به قد يكون غلطاً مشتركاً بين الطرفين، بمعني أن كلاً من المتعاقدين قد توهم أمراً علي غير الواقع وتعاقد علي هذا الأساس، ففي هذه الحالة يجوز للمتعاقد التمسك بالإبطال. فإذا اشتري شخص ساعة معتقداً في أنها من الذهب ثم تبين أنها من النحاس وكان المتعاقد الآخر يعتقد في ذلك أيضاً فإن للمشتري التمسك بإبطال عقد البيع لكون الغلط مشتركاً بينه وبين البائع. وقد لا يقع المتعاقد الآخر في الغلط الذي وقع فيه المتعاقد، أي أن الغلط لم يكن مشتركاً، وإنما اتصل المتعاقد الآخر بالغلط، بأن كان علي علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين وأن يعلم بأن هذا الغلط كان هو الباعث الذي دفع المتعاقد إلي إبرام العقد. فإذا كان البائع محترفاً بيع الشيء محل العقد، وكان من السهل عليه أن يعلم بما إذا كان هذا الشيء من الذهب الخالص أو مطلياً بماء الذهب. ولهذا فإنه يعد عالماً بالغلط لأنه لم يبذل جهداً في سبيل الوقوف علي الحقيقة.

ونشير – في النهاية – إلي أنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط التمسك بإبطال العقد في الحالة التي يعرض فيها المتعاقد الآخر تنفيذ

الالتزام كما تصوره المتعاقد، بمعني أن يعرض تنفيذاً يزول معه الغلط، ويجعل محل العقد كما اعتقده المتعاقد، فمن اشتري شيئاً علي أنه من الذهب الخالص ثم اتضح له غير ذلك، وقام البائع بعرض الشيء الأصلي (الذهب) فهنا لا يجوز للمتعاقد – مع ذلك – الإصرار علي المطالبة بإبطال العقد وذلك لانتفاء مبرره ولتعارض ذلك مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات، كما يعد هذا الأضرار نوعاً من التعسف في استعمال الحق.

وقد أشارت إلي ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٢٤ مدني) السابق الإشارة إليها.

إذا توافر الشرطان السابقان كان من حق المتعاقد الذي وقع في غلط التمسك بإبطال العقد من خلال دعوى يرفعها لهذا الغرض وتخضع في تقادمها للقواعد العامة، فهي تتقادم بمضي ثلاث سنوات أو بمرور خمس عشرة سنة في كل الأحوال كما نصت المادة (١٤٠ مدني) علي أن "١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات، ٢- ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط والتدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، في حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد".

الغصن الثاني

التدليس Le dol.

نظمت التدليس - كعيب من عيوب الإرادة – المادتان (١٢٥، ١٢٦ مدني) فنصت الأولي علي أنه "١- يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. ٢- ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" ويختلف التدليس عن الغلط في أنه ليس وهما يقوم بشكل تلقائي في ذهن المتعاقد خلافاً للواقع ويدفعه إلي التعاقد وإنماَ هو صحيح وهم أيضاً ولكنه يتم بفعل فاعل وهو المتعاقد الآخر، بمعني أن هذا الوهم يقع في ذهن المتعاقد بسبب ما قام به المتعاقد الآخر من حيل وما لجأ إليه من أعمال أوجدت هذا الوهم. فالتدلبس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلي التعاقد.

وقد حددت المادة (١٢٥) الشرط الأول لقيام التدليس هو توافر عنصريه :

١-**العنصر المادي** : ويتمثل في الحيل والوسائل المادية التي يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع الآخر في غلط، سواء أدت هذه الحيل إلي تصور واقعة حقيقية علي أنها غير موجودة أو تصور شيء

خيالي أو واقعة غير موجودة علي أنها واقع. ولا تقع هذه الحيل تحت حصر وإنما تكون أية وسيلة تدليساً لو توافرت الشروط الأخرى. وفي الغالب، تتخذ هذه الحيل أشكالاً خارجية أو مظاهر مادية، كأن يصطنع العامل شهادات مزورة ليوهم رب العمل بأنه يحمل مؤهلات علميه ليبرم معه عقد عمل، ومن يحرر عقود إيجار وهمية لعقار يملكه ليوهم مشتريه بأنه يدر دخلاً شهرياً كبيراً، وقد يستعين المتعاقد بآخرين لتأييده في الطرق والحيل التي يلجأ إليها، كأن يستعمل موظفين وهميين لإيهام الأشخاص بأنه صاحب شركة كبيرة، كما يفعل أصحاب الشركات التي تسمي "بشركات توظيف الأموال".

ويستوي في ذلك أن تصدر الحيل عن المتعاقد نفسه أو عن أشخاص ينوبون عنه، كتابعيه أو عماله ومستخدميه ، فإذا استعمل أي من هؤلاء طرقاً احتيالية لإيهام المتعاقد الآخر بأمر مخالف للواقع، فإنها تعطي الحق في التمسك بالإبطال إذ تعد هذه الحيل وكأنها صادرة عن المتعاقد نفسه، المهم في ذلك هو ثبوت تبعية من قام باستعمال الحيل للمتعاقد أو نيابته عنه سواء كانت نيابة قانونية أم اتفاقية.

وإذا كان الكذب - في حد ذاته - لا يؤدي إلي إبطال العقد باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، فإنه إذا اقترن بمظاهر خارجية أو مادية يصبح كذلك. فإذا امتدح تاجر بضاعته بشكل مبالغ فيه ويحتوي علي كذب، بأن

وصفها بأنها أحسن بضاعة، فإن ذلك لا يكفي لوجود التدليس، أما إذا تعدي التاجر ذلك بأن ذكر مواصفات في بضاعته غير موجودة في الواقع أو بيانات غير صحيحة، فإن الكذب يعد تدليساً[١]. فإذا أدلي المتعاقد ببيانات كاذبة حول الخطر محل التأمين، فإن شركة التأمين تملك إبطال العقد.

ولكن هل يعد السكوت تدليساً ؟

نص المادة (١٢٥ مدني مصري) يقرر مبدأ عاماً علي جميع العقود، مؤداه أن السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة يعتبر تدليساً إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة. وهذا المبدأ ينطبق

---

[١] وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن "يشترط في الغش والتدليس علي ما عرفته المادة ١٢٥ مدني أن يكون، ما استعمل في خداع المتعاقد من حيلة وأن تكون هذه الحيلة غير مشروعة قانوناً، ولما كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر أن التدليس قد توافر في جانب الطاعنة، لمجرد أنها أعلنت في الصحف أن الحصة المبيعة تغل ريعاً قدره ٣١ جنيهاً و٢٧٣ مليماً وأن هذا التدليس وإن لم يدفع إلي التعاقد إلا أنه أغري المطعون عليها وزوجها علي قبول الارتفاع في الثمن عن طريق المزايدة، وإن كان هذا الإعلان وحده مع التسليم بأنه غير متفق مع الحقيقة لا يعد بذاته توافر نية التضليل لدي الشركة وأنها تعمدت النشر عن بيانات غير صحيحة بشأن بيع العقار بقصد الوصول إلي غرض غير مشروع وبالتالي، فإنه لا يكفي لاعتباره حيلة في حكم المادة ١٢٥ مدني...".

نقض مصري، الدائرة المدنية، طعن رقم ٦٢٠ لسنة ٤٢ق، في ١٩٧٦/١٢/٢١، مج المكتب الفني س٢٧ ص١٧٩١.

علي جميع العقود بخلاف القوانين الأخرى[١]. إذ لم يشر التقنين المــدني

---

(١) تعد مسألة اعتبار السكوت تدليساً محل خلاف في الفقه الفرنسي حيــث تشــعب إلــي ثــلاث اتجاهات :

فقد ذهب الأول إلي أن السكوت يعد تدليساً. لأن السكوت – كالتدليس – يمكن أن يصــاحب بنية الإساءة أو الغش. ففي الوقت الذي نعترف فيه للقاضي بإمكانية البحث في ضمير الفــرد من أجل معرفة درجة الخبث أو الإيذاء Méchanceté التي يخفيها بصدد تصــرف معــين، فلماذا لا نعترف بأن السكوت الذي يحاط بنية الإيذاء هو أيضاً غش وتدليس ويجب أن يؤدي إلي مسؤولية فاعله. ويقرر أنصار هذا الاتجاه أن السكوت أو الصمت، كالتصرف تمامــاً – يمكن أن يعد تدلسياً. ففي التدليس يعد العنصر المعنوي أهم من العنصر المادي (الفعل) فلماذا تعطي أهمية زائدة لهذا العنصر الأخير ولا نبحث في مدي توافر القصد الخــاطئ أو النيــة السيئة لدي المتعاقد.

MARCOO – R – COHIN, L'abstention Fautive, These. Paris, 192.

علي عكس الرأي السابق، يركز بعض الفقه علي الفعل المادي في التدليس ولا يوجد التــزام عام بعدم قول ما هو مخالف للحقيقة – فلا يوجد – بالواقع – واجب إيجابي بقول كل الحقيقة. ويجب – طبقاً لهذا الرأي – للقول بوجود تصرفات تأخذ معني الغش أو التــدليس أن نكــون أمام تصرف محدد وإيجابي بالخداع والتضليل سواء تمثل هذا التصرف في أقــوال أم فــي أفعال مادية والتي تختلف – بلا شك – عن السكوت.

GERARD Lyon – Caen, De L'évolution de La notion de bonne foi, Rev. Tr. Dr. Civ. 1946, p. 81 No p. 7.

الرأي الوسط : بطرح هذين الرأيين المتطرفين، فإن غالبية الفقه اتجهت نحو رأي وسيط يبدو أنه الأكثر وضوحاً وقبولاً في نظرهم.

وينطلق هذا الرأي من نقطة مؤكدة وهي حرص كل متعاقد علــي الــدفاع عــن مصــالحه الخاصة، ولذلك فإن عليه التوصل إلي جميع المعلومات الضرورية التي تجعله علي بينة من أمره عند إقدامه علي التعاقد، وإذا كان العقد يفترض تعارضاً بين المصالح، فإننا لا ننتظــر قيام كل متعاقد بتزويد الآخر بجميع المعلومات وبيان أوجه ونقاط ضعفه. وبتعبير عــام، أن ينفذ التزامه بالإخبار أو الإعلام بطريقة تلقائية ومن نفسه وبدون شعوره بوجود هذا الالتزام=

الكويتي إلي السكوت العمدي أو غير العمدي إنما اكتفي في الفقرة الأولي

=بحيث يعد سكوته تدليساً. ولكن الأمر يختلف ويعتبر السكوت تقصيراً إذا كان يقع علي أحد الطرفين التزام – علي الأقل – أخلاقي بالإفصاح أو البيان وإلا عد مستغلاً لجهل الآخر، فعندما يفرض العقد ثقة متبادلة بين الطرفين، فإن الالتزام بالإخبار الصحيح تجاه المتعاقد الآخر يصير التزاماً قانونياً ويصبح السكوت سبباً لبطلان العقد.

RIPERT. (G.) La règle morale dans les obligations civiles. 3eme éd, No. 48, p.p. 94 et 95.

وعلي ذلك فلا يعد السكوت تدليساً إلا إذا كان هناك واجب بالتحدث أو الإفصاح، فعندما يمتنع المتعاقد عن تحذير الآخر الذي له الحق في هذا التحذير لتجنب الوقوع في أي غلط، فهنا يمكن الكلام عن اعتبار السكوت تدليساً. وقد ينبع هذا الحق في التحذير من العلاقات السابقة بين المتعاقدين أو من طبيعة العقد ذاته أو من الظروف المحيطة بالتعاقد.

DEMOGUE, Traite des obligations, T. 1 p. 563.

وهكذا فإن القضاء سيعلن بطلان الاتفاقات التي كان يجب أن تتم في جو من الثقة المتبادلة ولكنها تبرم بغير ذلك. وتبدو المسألة واضحة في عقد التأمين بسبب الظروف المحيطة بابرام هذا العقد، إذ يلزم المؤمن له عملياً بتزويد المؤمن بجميع البيانات والمعلومات الخاصة بالخطر محل العقد وهو ما يسمي في الفقه بالإخبار التلقائي أو التطوعي Déclaration Spontanée.

ويتضح من هذا الرأي الوسط أن السكوت لا يعد تدليساً إلا إذا كان هناك واجب بالإفصاح أو الإعلان، وإذا انتفي وجود هذا الواجب فلا يصير السكوت تدليساً... ولكن تبقي المشكلة قائمة ألا وهي معرفة متي يوجد هذا الالتزام بالإفصاح؟؟؟

BOCCARA (B.) Dol, Silence et réticence. Gaz-Pal, 1953, 1, Doct. 24.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) Droit civil, les obligations, 2eme éd, Tome. I, 1988, p. 156.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلي أن الكذب – المجرد عن المؤثرات الخارجية – يمكن أن يعد تدليساً Cass- Civ, 6-11-1970, J. C. P. 1971, 11, 16942.

وهو ما جاء صراحة في التعليق علي هذا الحكم بالقول أن الحكم قد أكد قاعدة أن الكذب المجرد يمكن أن يعد تدليساً :

GHESTIN : note sous arrêt précède.

من المادة (١٥١) بوجود حيل أثرت علي قرار الشخص ودفعته إلي التعاقد بحيث لولاها لما ارتضي العقد علي نحو ما ارتضاه عليه.

وإذاً كان السكوت العمدي – طبقاً للقانون المصري – يعد تدليساً فإن الكذب من باب أولي يجب اعتباره كذلك إذا اقترن بمظاهر خارجية تدعمه لأنه ينطوي علي إخلال أشد بمبدأ الثقة. فالطبيب الذي يدفع المريض لإجراء عملية جراحية خطيرة موهماً إياه بأنها عملية بسيطة يرتكب تدليساً. والمقاول الذي يغري شخصاً بشراء شقة في العمارة التي يتولي بناءها بزعم أن بها حجرة تطل علي عدة منافذ ثم يتضح بعد ذلك أنها بعيدة عن هذه المنافذ أو أن بها منفذاً واحداً يعد كاذباً ومرتكباً للتدليس طبقاً للتقنين المدني المصري.

ولكن يشترط أن يؤثر السكوت العمدي أو الكذب في إرادة المتعاقد ورضاه بإبرام العقد، أما إذا لم يكن لأيهما أي تأثير فلا يجوز للمتعاقد التمسك بهما، من هنا جاءت التفرقة بين الكذب أو السكوت العمدي وبين المبالغة أو ما يسمي بالكذب المفضوح (كالإعلان عن نسبة ضخمة في التخفيضات أو وجود فرصة لا تتكرر).

ويلاحظ أنه إذا كان الكذب في ذاته – مجرداً عن أي اعتبار آخر – لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد بصفة عامة وفقاً للتقنين المدني الكويتي، علي الرغم من تفشيه اليوم وتعارضه مع قيمنا وعاداتنا وأخلاقيات ديننا – إلا أن هناك بعض العقود والمعاملات يتخذ فيها مبدأ حسن النية في التعامل أهمية خاصة ومعني ضيقاً بحيث إن الكذب

المجرد عن الملابسات قد يؤدي إلي مسئولية الشخص. إذ في مثل هذه المعاملات يعتمد كل متعاقد عند إبرامها اعتماداً كلياً علي المعلومات والبيانات التي يفضي له بها المتعاقد الآخر. ولذلك يلزمه القانون عند الإدلاء بتلك البيانات – بمراعاة حسن النية الذي يتعلق هنا بإبرام العقد وليس بمجرد تنفيذه. كما هو الحال في بيوع الأمانة. وكذلك عقد التأمين الذي يعتبر من عقود حسن النية بالمعني الضيق، حيث لا يلتزم المتعاقد فقط بالإبلاغ عن كل ما يعرفه من الظروف التي من المحتمل أن تؤدي إلي الخطر أو إلي زيادته بل إن الصمت المجرد من جانبه عن الإدلاء ببيانات متعلقة بالخطر عند إبرام العقد يمكن أن يؤدي إلي إبطال العقد. ولا يقتصر ذلك علي المؤمن له بل إنه يلزم كلا من الطرفين بعدم إخفاء أية بيانات جوهرية علي الآخر يكون من شأنها التعديل في التزامات العقد سواء بزيادتها أو إنقاصها.

والأمر يتعلق بجميع البيانات سواء منها المتعلق بموضوع الخطر والتي تسمي بالبيانات الموضوعية أم البيانات الشخصية المتعلقة بشخص المتعاقد والتي يتوقف علي معرفتها إبرام عقد التأمين من عدمه[١].

ويستوي في ذلك أن يصاحب أو لا يصاحب سوء النية الأطراف عند

---

(١) انظر في ذلك : د/ مصطفي الجمال : التأمين الخاص وفقاً لأحكام القانون المصري، الطبعة الأولي، ٢٠٠١، ص١٧١ وما بعدها، د/ نزيه المهدي : عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص٢٥٤، د/ محمد عبد الظاهر حسين : عقد التأمين، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص٧٤.

السكوت عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة بعقد التأمين، وإن كان المشرع المصري قد عول علي ذلك فيما يتعلق بالجزاء المترتب علي وجود الكتمان – ففي الحالة التي يكون فيها المتعاقد حسن النية في السهو عن بيانات معينة إلي المتعاقد الآخر يتمثل الجزاء هنا في زيادة الأقساط أو إنقاصها تبعاً للبيانات التي ظهرت وما إذا كانت تؤدي إلي التشديد من الخطر واحتمال حدوثه أو التقليل من ذلك. أما إذا صاحب سوء النية المتعاقد عند كتمانه هذه البيانات أو كذبه فيها فإن الجزاء هنا هو بطلان العقد بشرط أن يثبت المتعاقد سوء نية المتعاقد الآخر في كتمانه للبيانات أو تعمد تقديمها كتابة. كما يتعين عليه أيضاً إثبات أثر تخلف هذه البيانات أو كذبها علي إبرام عقد التأمين[١].

---

[١] انظر في ذلك المادة ١١٣/٨، ٩ من قانون التأمين الفرنسي.

Picard et Besson : traite général des assurances terrestres, Paris, 1938, No. 89.

وإن كان المشرع الكويتي في التقنين المدني لم يفرق في الجزاء بين المؤمن له حسن النية والمؤمن له سيء النية. إذ وضعت المادة ٧٩١ مدني للاثنين حكماً واحداً يستوجب التفرقة بين ما إذا ما اكتشفت الحقيقة قبل وقوع الكارثة أو بعد وقوعها، فقد نصت علي أن :

١- يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر أو قدم بياناً غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن.

٢- فإذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره المؤمن له بكتاب موصي عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر.

٣- أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التامين بنسبة معدل الأقساط التي أديت فعلاً إلي معدل الأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلي المؤمن علي وجه صحيح.=

يلاحظ – في النهاية – أنه إذا كان من شأن التدليس، عندما تتـوافر شروط إعماله – أن ينهض سبباً لإبطال العقد، فإن هذا الأثر يثبت لـه، إلي جانب ما قد يترتب عليه من مسئولية المدلس، باعتبار أنه يشكل خطأ يوجب المسئولية عن تعويض الضرر المترتب عنه. وبذلك يري المدلس عليه نفسه وقد انفتح أمامه طريقان، وله أن يختار من بينهما مـا يـراه محققاً لمصلحته، فإما أن يطلب إبطال العقد وإما أن يبقي عليه ويكتفـي بدعوى المسئولية وما ينتج عنها من تعويض الضرر[1].

ولكن يثار التساؤل هنا عن الأساس الذي تقوم عليه دعوى التعويض. فهل تؤسس علي مخالفة التزام عقدي نتج عنه ضرر لحق بالمدلس عليه وبخاصة أن المطالبة بالتعويض تعني بقاء العقد قائماً ونافذاً ؟ أم تؤسـس علي أساس الخطأ التقصيري المتمثل في الأعمال التدليسية التي قام بهـا المتعاقد انطلاقاً من اقتران هذا الخطأ بالمرحلة السـابقة علـي التعاقـد وبالتالي – كقاعدة عامة – فإن المسئولية التي تنشأ في هذه المرحلة هي مسئولية تقصيرية ؟ وهذا ما سوف نتعرض له فيما بعد. وبالإضافة إلـي النصوص الواردة في التقنين المدني بخصوص التـدليس، فـإن هنـاك نصوصاً أخرى تكلمت عن التدليس مثل الخداع والحيـل التـي تناولهـا المشرع في قانون قمع الغش والتدليس رقم ٤٨ لسـنة ١٩٤١ والمعـدل

=انظر تفصيلاً : د/ جلال محمد إبراهيم : التأمين – دراسة مقارنة، دار النهضـة العربيـة، ١٩٩٤، ص٦٤٠.

[1] انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الكويتي، المجلد الثاني، ص٥٥٦.

أخيراً بالقانون رقم ٢٨١ لسنة ١٩٩٤.

فالخداع الذي تناوله المشرع في هذا التشريع هو الطريقة الغالبة للغش، ويوجد بإبداء بعض الأقوال الكاذبة، أو استخدام بعض الحيل البسيطة في عرض البضاعة لإخفاء بعض عيوبها. والخداع أوسع نطاقاً من التدليس إذ لا ينحصر في وقوعه علي شخص المتعاقد، بل قد يتعداه إلي الشيء نفسه كما في عمليات الوزن أو القياس أو الكيل المزيفة، وهو ما يبين أن التدليس المدني لا يستوعب كافة حالات الخداع[١].

٢-**العنصر المعنوي** : لا يكفي أن يلجأ المتعاقد إلي حيل أو طرق تدليسية، وإنما لا بد وأن يكون استعمال هذه الطرق قد تم بنية تضليل المتعاقد الآخر وإيهامه بأمر بخلاف الواقع، أي أن تكون هذه الحيل غير مشروعة وأن تهدف إلي الوصول إلي غرض غير مشروع.

ويتحقق ذلك بثبوت تأثر المتعاقد الآخر بهذه الحيل، وبأنها كانت هي الدافع الباعث علي التعاقد وهذا أمر يستخلصه قاضي الموضوع ويقدره ويستعين في ذلك بما تعارف عليه الناس في معاملاتهم وبما كانت عليه شخصية المتعاقد وسنه وذكائه وتجاربه.

---

[١] انظر في ذلك : السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٧، ص٤٣.

وقد قضت محكمة النقض بأن "استخلاص عناصر التدليس الذي يجيز إبطال العقد من وقائع الدعوى وتقدير ثبوته أو عدم ثبوته هو من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض مادام قضاؤها مقاماً علي أسباب سائغة"[١].

الشرط الثاني : وقد أوضحته المادة (١٢٦ مدني) بقولها "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس". الأصل أنه إذا كانت الطرق الاحتيالية قد صدرت عن شخص غير المتعاقد أو نائبه، فلا أثر لها علي العقد ولا حق يثبت للمتعاقد في التمسك بإبطاله، إذ أن المتعاقد أجنبي عن هذه الطرق ولا علاقة له بها، ومع ذلك، فإن المادة (١٢٦ مدني) قد أوجدت استثناء علي هذا الأصل ويتعلق بالحالة التي يصدر فيها التدليس عن غير المتعاقد ويكون الأخير علي علم بها أو كان من السهل عليه العلم بها أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها. ويجب - في هذا الصدد - التفرقة بين وضعين :

الوضع الأول : أن تصدر الطرق الاحتيالية عن المتعاقد الآخر ذاته أو عن نائب عنه، ولا شك هنا في توافر الشرط الثاني في هذه الحالة وهو اتصال علم المتعاقد بالتدليس وطرقه.

---

[١] نقض مدني في ١٣ مارس ١٩٧٣، مج أحكام النقض لسنة ٢٤ رقم ٧٠ ص٣٩٦.

الوضع الثاني : إذا كان التدليس قد صدر عن شخص لا تربطه بالمتعاقد الآخر أية رابطة ودون تحريض منه فهنا لا يمكن للمتعاقد الذي دلس عليه التمسك بإبطال العقد إلا إذا استطاع إثبات أن المتعاقد الآخر كان علي علم بالطرق الاحتيالية أو أنه كان من المفروض عليه العلم به، وبذلك يتضح أن عبء الإثبات هنا يقع علي عاتق المتعاقد الذي يرغب في إبطال العقد، ويخضع هذا الإثبات لتقدير محكمة الموضوع فإذا ثبت علم المتعاقد الآخر بالتدليس كان ذلك دليلاً علي سوء نيته، أما إذا ثبت أنه كان في وسعه ومقدوره العلم بالتدليس غير أنه أهمل ولم يفعل. كان في هذه الحالة مقصراً.

وبذلك تكون المادة (١٢٦) قد أقامت توازناً بين المتعاقدين من خلال الإشارة إلي وجود قرينة لصالح المتعاقد الآخر مؤداها انقطاع علاقته بالتدليس الصادر عن الغير، إلا أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب المتعاقد المدلس عليه بأن يدلل علي أنه بالرغم من صدور التدليس عن الغير إلا أن المتعاقد كان يعلم به أو كان من المفروض عليه حتماً العلم به. فإذا فشل المتعاقد في هذا الإثبات لم يكن له المطالبة بالإبطال ولا يصبح أمامه سوي تنفيذه والرجوع علي الغير بالتعويض وفقاً للمسئولية التقصيرية.

أثر التدليس :

إذا توافرت الشروط السابقة للتدليس، كان من حق المتعاقد المدلس عليه التمسك بإبطال العقد؛ بالإضافة إلي الحق في التعويض إذا كان له مقتضي، بمعني إذا توافرت شروط المسئولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، فضلاً عن حق المتعاقد المدلس عليه في اللجوء إلي القانون الجنائي وذلك إذا توافرت شروط جريمة النصب.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد، ما قضت به محكمة النقض بأن التدليس الحاصل من أجنبي بطريق التواطؤ مع أحد المتعاقدين يفسد الرضاء كالتدليس الحاصل من المتعاقد نفسه"[١] وقضي أيضاً بأن "بائع السند بثمن مقسط إذا لم يستوف الأقساط الواجبة الدفع، وأنذر المشتري بفسخ البيع بعد أن ربح السند المبيع الجائزة الكبرى، وحمل المشتري بذلك، بعد أن أوهم أنه يستطيع فسخ البيع، علي أن يصطلح معه علي شروط باهظة ما كان يقبلها لولا هذا التدليس، يكون قد ارتكب تدليساً غير دافع، ويلتزم بدفع تعويض هو الفرق بين ما قبله المشتري وما كان يقبله لو كان التعامل علي غير غش"[٢].

---

[١] نقض مدني في ١٨ مايو ١٩٣٣، مجموعة عمر ١ رقم ١٢٣ ص٢١٤.

[٢] استئناف مختلط في ٣١ ديسمبر ١٩٢٩، ص٤٢ ص١٣٤.

الغصن الثالث

الإكراه La violence

نظمت الإكراه المادتان (١٢٧، ١٢٨ مدني)؛ فنصت أولاهما علي أن "١- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبه بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وكانت قائمة علي أساس. ٢- وتكون الرهبة قائمة علي أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً مُحدقاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. ٣- ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه" ونصت ثانيتهما علي أنه "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه".

فالإكراه هو حالة نفسية تشكل ضغطاً علي إرادة الشخص تدفعه إلي التعاقد تحت تأثير الرهبة التي نشأت لديه بفعل المتعاقد الآخر الذي تسبب في وجود هذه الحالة لدي المتعاقد واستغلها ليجبره علي التعاقد بشروط ما كان يقبلها لو أنه تعاقد في حالة نفسيه عادية وفي ظروف مختلفة.

ونشير إلي أن ما يعيب الإرادة ليست هي الوسائل التي يستخدمها

المتعاقد ليكره المتعاقد الآخر علي إبرام العقد، وإنما يكمن العيب في الرهبة أو الحالة النفسية التي تولدت لدي هذا المتعاقد والذي تعاقد تحت تأثيرها. فإرادة المتعاقد المكره موجودة ولكنها ليست مدركة ولا واعية بل ليست حرة. وهذا ما دفعها إلي التعاقد بغرض تجنب الأذى والمكروه الذي يتهددها؛ حتى ولو كان في التعاقد خسارة لها أو ضرراً إلا أنه يعد أهون من النتائج التي قد تترتب علي عدم التعاقد. فالمتعاقد هنا يوازن بين ضررين أولهما سيترتب علي الأذى أو المكروه الذي سيصيبه لو لم يتعاقد، ثانيهما الناتج عن إبرام العقد بشروط غير عادية أو عادلة، فيختار إبرام العقد باعتباره أهون الضررين.

والإكراه بهذا المفهوم يختلف عن نوع آخر من الإكراه يعدم الإرادة ولا يتوقف عند حد التأثير فيها فقط، كما لو أمسك شخص بيد أخر ووقع بها علي عقد أو كتب بها إيصالاً أو غير ذلك من الأفعال. فالإرادة في مثل هذه الحالة غير موجودة (معدومة) ولذلك فإن ما يصدر عنها من تصرفات يكون حكمها البطلان المطلق لانعدام الرضاء.

ومن النصين السابقين نستخلص الشروط المطلوبة للتمسك بإبطال العقد لعيب الإكراه :

١-أن يستعمل المتعاقد وسائل من شأنها إحداث الإكراه :

لا يوجد حصر لهذه الوسائل وإنما يشترط فيها أن تصدر عن

المتعاقد الآخر أو عن شخص تربطه علاقة تبعية أو يكون نائباً عنه أياً كان مصدر هذه النيابة. بل يمكن أن يتحقق الإكراه ولو لم تكن الرهبة قد تولدت لدي المتعاقد عن الوسائل المستخدمة وحدها وإنما ساعد علي وجودها الظروف المحيطة به عند التعاقد. وقد تكون هذه الوسائل مادية تلحق الأذى مباشرة بجسم المتعاقد الآخر أو بماله كالضرب أو الإتلاف. وقد تكون معنوية بأن تؤدي فقط إلي التهديد بإيقاع الأذى أو المكروه دون أن يصل إلي تحققه فعلاً. ولا فرق في النتيجة بين وقوع الأذى وبين التهديد به. ويجب أن تكون الوسيلة (أياً كان نوعها) غير مشروعة.

٢-تولد رهبة لدي المتعاقد بوجود خطر جسيم :

لا يوجد تعريف لعبارة الخطر الجسيم، ولذلك، فإن تقدير وجوده أو نفيه يرجع إلي قاضي الموضوع في حالة الخلاف، لأن الشعور بوجود هذا الخطر مسألة نفسية ذاتية ترجع إلي المتعاقد المكره، ولهذا فإن هذا الشعور يخضع في تقديره لسلطة المحكمة. وليس بشرط أن يهدد الخطر الجسيم المتعاقد في نفسه أو جسمه وإنما قد يلحق بماله أو بشرفه وسمعته، بل قد يتعلق التهديد بالخطر الجسيم بشخص غير المتعاقد يكون الأخير مسئولاً عنه كالزوجة أو الأولاد أو أحد الأصول وهو ما أشارت إليه عبارة "يهدده هو أو غيره" الواردة في المادة (١٢٧ مدني).

ولكن يشترط أن يكون هذا الغير ذا منزلة أو مكانة خاصة عند المتعاقد تجعل أي تهديد أو إكراه يقع علي هذا الغير مفسداً لإرادة

المتعاقد ويدفعه إلي التعاقد تحت ضغط وسلطان هذا الإكراه. فمن يهدد شخصاً بخطف ابنه أو ابنته أو أحد أصوله إذا لم يبرم عقداً معيناً، يكون قد ولد إكراهاً لدي المكره يعيب إرادته عند التعاقد. ولا يكتفي في الخطر المهدد بوقوعه أن يكون جسيماً وإنما ينبغي أن يكون محدق الوقوع بمن يهدد به – وكلمة "المحدق" الواردة بالنص المصري هي بديل لكلمة "حالاً" الواردة بالنص الفرنسي (مادة ١١١٢) ولا فرق كبير يذكر بين كلمة "محدق" وكلمة "حال" فكلتاهما يدلان علي ضرورة أن يكون الخطر الجسيم المهدد به وشيك الوقوع أياً كانت الفترة التي يستغرقها وقوعه، إذ لو حدث فور التهديد لكان محدقاً ولو تراخي قليلاً لكان حالاً ولكن المهم أن يشعر المتعاقد المكره بأنه لو لم يتعاقد لأصابه هو أو غيره ضرر (خطر) جسيم محقق الوقوع في الحال.

وهذا هو فقط الذي يولد الرهبة لديه، وهذه الرهبة كانت هي الدافع أو الباعث علي التعاقد، بعكس ما إذا كان التهديد مؤجلاً، ففي مثل هذه الحالة لا يمكن القول بتولد الرهبة الدافعة إلي التعاقد، فتأجيل وقوع التهديد قد يمنح المتعاقد فرصة للتخلص منه دون حاجة إلي إبرام العقد.

ويستعين القاضي في تقدير وجود هذا الخطر الجسيم – وبالتالي الإكراه – بعناصر نصت عليها المادة (١٢٧ مدني) وهي جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه. فالوسيلة المستخدمة لإكراه الرجل

تختلف في شدتها وأثرها عن تلك الوسيلة الموجهة إلي المرأة ولهذا، فإن ما يعد إكراهاً لشخص قد لا يكون كذلك لآخر، فالأنثى غير الذكر والصبي الصغير غير الرجل الكبير والقروي الساذج غير المدني المتحضر، والشخص العصبي المزاج والضعيف غير الهادئ والقوي. والسليم البنية والمعافى الصحة غير المريض والفقير غير الغني والمثقف غير الجاهل. واستخدام وسيلة التهديد ليلاً يختلف عن استخدامها نهاراً. المهم في الأعمال والوسائل المستخدمة للإكراه أن يكون من شأنها – طبقاً لحالة من وجهت إليه ووضعه ومركزه الاجتماعي – أن تولد الرهبة لديه وتدفعه هذه الرهبة إلي التعاقد وتقدير ذلك كله يرجع إلي السلطة التقديرية لقاضي الموضوع[١].

٣-أن تكون الوسائل غير مشروعة والغرض أيضاً غير كذلك :

لا يتحقق الإكراه – في الغالب إلا إذا كانت الوسائل المستخدمة غير مشروعة وبغرض الوصول إلي هدف غير مشروع، فالتهديد بالقتل أو

---

[١] وقضت في ذلك محكمة النقض بأن "بحث وسائل الإكراه المبطل للرضا لتحديد مدي جسامتها بمراعاة حالة المتعاقد الشخصية هو من الأمور الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع. (نقض مدني في ١٥ فبراير ١٩٦٦، مج أحكام النقض س١٧ رقم ٣٨ ص٢٨٧)، وقضت أيضاً بأن "متى كانت الأوراق خلوا مما يفيد تمسك الطاعنة أمام محكمة الموضوع بأنها كانت مكرهة علي التوقيع علي الإقرار فإنه لا يجوز إبداء هذا القول ولأول مرة أمام محكمة النقض لما تضمنه من واقع يجب عرضه علي محكمة الموضع للتحقق من قيام تلك الإكراه (نقض مدني في ١٩ نوفمبر ١٩٧٥، مج أحكام النقض س٢٦ رقم ٢٧٢، ص١٤٤٤).

الحرق أو التشهير أو الإتلاف هذه كلها وسائل غير مشروعة. وحتى ولو كانت الوسيلة مشروعة ولكن الغرض غير مشروع، فإن الإكراه يتحقق أيضاً في هذه الحالة[١].

وينتفي الإكراه – ويسقط بالتالي الحق في التمسك بإبطال العقد – إذا كانت الوسيلة المستخدمة مشروعة ولتحقيق غرض مشروع، فالدائن الذي يهدد مدينة باللجوء إلي القضاء للمطالبة بحق أو بالتنفيذ علي أمواله كلها إذا لم يرهن له أحد أمواله، لا يكون مكرهاً والعقد الذي يبرم لتفادي هذا التهديد لا يكون قابلاً للإبطال. وكذلك الزوجة التي تهدد زوجها بحبسه إذا لم ينفق عليها ولو عن طريق الاقتراض لا يكون فعلها إكراهاً.

وقد أفادت كلمة "دون حق" في المادة (١٢٧ مدني) أن الوسائل المستخدمة للإكراه يجب أن تكون غير مشروعة وأن الغرض المراد تحقيقه من وراء ذلك ينبغي أن يكون غير مشروع ونشير إلي أنه إذا استخدم شخص ما له من نفوذ أدبي أو شوكة علي آخر وأبرم معه عقداً، فإن هذا العقد لا يكون قابلاً للإبطال بحجة الإكراه الأدبي، إلا إذا أدي هذا النفوذ وتلك الشوكة إلي وجود رهبة لدي المتعاقد، تلك الرهبة هي التي دفعته إلي التعاقد، ولولا ذلك لما كان قد أبرم العقد، إذ يتم في هذه

---

(١) ويضرب السنهوري أمثلة علي ذلك بقوله "فمن فاجأ شخصاً متلبساً بجريمة، فأستغل هذه الظروف واضطره إلي كتابة سند بمبلغ كبير من المال لا حق له فيه، جاز إبطال العقد للإكراه، أما إذا استكتبه سنداً بمبلغ هو مقدار ما أصابه من الضرر بسبب ارتكاب الجريمة فإن الفرض مشروع والعقد صحيح" الوسيط ج١، ص٤٥٨.

الحالة استخدام وسيلة مشروعة وهي العلاقة الأدبية القائمة بين المتعاقدين، كصلة الأبوة أو البنوة أو الرابطة الرئاسية أو العلاقة الدينية لتحقيق غرض غير مشروع.

٤-اتصال المتعاقد الآخر بالإكراه :

إذا صدرت وسائل الإكراه عن شخص لا تربطه بالمتعاقد أية رابطة، فإن هذا الإكراه لا يؤثر علي العقد ولا يعطي للشخص المكره حق التمسك بإبطاله، وإذا كانت هذه القاعدة العامة، فإن المادة (١٢٨ مدني) قد أوردت استثناء عليها يتعلق بالوضع الذي يكون فيه الإكراه صادراً عن شخص من الغير إلا أن المتعاقد كان يعلم به أو كان في إمكانه العلم به غير أنه لم يفعل فهنا يعد الإكراه وكأنه صادر عن المتعاقد نفسه ويحق للمتعاقد المكره التمسك بإبطال العقد.

ويقع عبء إثبات وجود هذا الاستثناء علي عاتق المتعاقد المكره إذ عليه إقامة الدليل علي أنه علي الرغم من صدور الإكراه عن شخص من الغير إلا أن المتعاقد معه كان علي علم به، ويكون - بالتالي - سيء النية - أو كان في إمكانه العلم به غير أنه أهمل في ذلك ويكون هنا مقصراً ويتحمل نتيجة هذا التقصير. وتتمثل في احتمال إبطال العقد وليس في مقدوره التعلل بحسن نيته لأن إهماله وتقصيره يعد خطأ يعطي للمتعاقد الآخر الحق في إبطال العقد. أما إذا انعدمت العلاقة بين المتعاقد والغير الذي صدر عنه الإكراه ولم يكن علي علم به ولا في مقدوره العلم

به، فإن العقد الذي يبرم تحت هذا الإكراه يكون صحيحاً ولا يستطيع المتعاقد المكره التمسك بإبطاله، وإن كان له الحق في مطالبة الغير الذي صدر عنه الإكراه بالتعويض وذلك وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

ونشير – في النهاية – إلي أن استغلال المتعاقد للحالة النفسية والرهبة التي تولدت لدي المتعاقد معه بسبب ظروف خارجية لا دخل للمتعاقد فيها، فإن الإكراه المعيب للإرادة المبطل للعقد يتوافر في هذه الحالة أيضاً، فإذا اشترط قائد سفينة مشرفة علي الغرق من الركاب مبلغاً مالياً كبيراً لإنقاذها، والطبيب الذي يطلب مبلغاً باهظاً من مريض يحتاج إلي إجراء عملية جراحية عاجلة، فإن العقد يكون قد أبرم – في الحالتين – تحت ضغط الرهبة ويجوز التمسك بإبطاله.

إذا توافرت الشروط السابقة، تحقق الإكراه وتعيب به العقد وأصبح في مقدور المتعاقد المكره التمسك بإبطاله، وله – علاوة علي ذلك – المطالبة بالتعويض من الشخص الذي صدر عنه الإكراه وذلك وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية. حتى ولو كان المتعاقد معه[١].

---

[١] انظر في حالات قيام المسئولية التقصيرية للمتعاقد بحثنا " المسئولية التقصيرية للمتعاقد" دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

الغصن الرابع

الاستغلال L'exploitation

نظمت الاستغلال في التقنين المدني المادة (١٢٩) بنصها علي أنه "١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوي جامحاً، جاز للقاضي بناء علي طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقض التزامات هذا المتعاقد، ٢- ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ٣- ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقي الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن." ونصت المادة (١٣٠) علي أن "يراعي في تطبيق المادة السابقة عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة".

مما يتقدم، يتضح أن مناط عيب الاستغلال هو الاختلال الواضح بين ما يحصل عليه المتعاقد من العقود وما يقدمه فيه، بحيث تزيد التزاماته بشكل ملحوظ عن حقوقه، ويستوي في ذلك أن يحصل المتعاقد الآخر عليَ ما يزيد عن حقوقه أو لا يحصل، فالمهم هو وجود متعاقد لا تتعادل البتة التزاماته مع الفائدة التي حصل عليها بموجب العقد.

وهناك شروط يتعين توافرها للتمسك بالاستغلال كعيب من عيوب الإرادة وهي :-

١-عدم تعادل التزامات المتعاقد مع الفائدة التي تعود عليه من وراء العقد :

ويقاس عدم التعادل هذا بمعيار موضوعي (مادي) يقوم علي المقارنة المادية البحتة بين ما يحصل عليه المتعاقد وما يقدمه في العقد. ففي عقد البيع، يقارن الثمن الذي يدفعه المشتري، بالشيء المبيع الذي يقدمه البائع، فإذا كان هناك فرقٍ بين الثمن الذي دفعه الأول وقيمة المبيع الذي قدمه الثاني، كان هناك اختلال وعدم تعادل بين الالتزامات : سواء كان عدم التعادل هذا لصالح البائع بأن كان الثمن المدفوع يفوق بكثير قيمة المبيع، أم كان في جانب المشتري بأن الشيء المبيع يزيد في قيمته عن الثمن المدفوع، ويتم تقدير وجود عدم التعادل هذا بالنظر إلي قيمة الشيء المبيع في السوق وقت الشراء، بحيث نكون أمام معيار موضوعي لا شخصي يختلف من مشتر إلي آخر حتى لا يؤدي ذلك إلي تباين الأحكام واختلافها حول المسألة الواحدة[١].

وبخاصة أن الأخذ بمعيار "قيمة المبيع في السوق" يصلح لأن ينطبق

---

[١] عكس ذلك، د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع ١٩٩٠، ص٢١٨، حيث يرى أن المعول عليه في اختلال التعادل ليس قيمة المبيع في السوق، بل قيمته عند المشتري.

علي كل الحالات، أي سواء أكان عدم التعادل في جانب المشتري، أم في جانب البائع، وما جاء بالمذكرة الإيضاحية عن أن "معيار الاستغلال، معيار نفسي ولا يشترط فيه الوقوف عند رقم معين، يقصد به أن الاستغلال يمكن أن يقوم بأي نقص في الثمن أو زيادة فيه ولا يشترط أن يصل إلي حد معين، بعكس الغبن الذي يشترط أن يتم البيع بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس، فالذي يعني القاضي هو ثبوت الاستغلال بوجود الطيش البين أو الهوى الجامح الذي قد يوجد ولو كان الفرق أقل من الخمس".

ويلاحظ أنه ليس بأي عدم تعادل يقوم عيب الاستغلال، وإنما لا بد وأن يكون عدم التعادل هذا "البته" أي أن الاختلال يجب أن يكون فادحاً وكبيراً، أما إذا كان عدم التعادل بين التزامات الطرفين يسيراً ويجري التعامل علي التسامح به في المعاملات، فلا يتحقق به استغلال فقد يجري العرف علي وجود اختلال بسيط أو يسير بين أداءات الأطراف في العقد حتى يمكن أن يكون هناك ربح معقول لأي من الطرفين، أما إذا تعدي الاختلال الحد الذي يجري العرف علي التسامح به في التعامل، بحيث لا يوجد تناسب إطلاقاً بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، ويصبح التعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين ظلماً فاحشاً وجسيماً. فمن يبيع سيارة حديثة الموديل وبحالة جيدة وماركة مشهورة بعدة آلاف من الجنيهات، علي الرغم من أنها تساوي أكثر من الثمن الذي بيعت بها بدرجة كبيرة، يمكنه

التمسك بالاستغلال إذا توافرت الشروط الأخرى.

ويتوافر عدم التعادل في العقود كلها سواء أكانت عقود معاوضة أم تبرعية كما يوجد في العقود الاحتمالية ، إذ يمكن الطعن بالاستغلال لعدم التعادل حتى في البيوع الاحتمالية، فلو باع شخص عقاره في مقابل مرتب مدي الحياة، وكان القسط السنوي المقرر يقل كثيراً عما يغله هذا العقار سنوياً، فإن الثمن - في هذه الحالة - يعد بخساً، فإذا ثبت أن سبب ذلك يرجع إلي استغلال ضعف في البائع أدي إلي عدم تعادل البتة بين كسب المشتري المحتمل وبين احتمالات الخسارة التي قد يتعرض لها، فإن ذلك يكفي للطعن علي العقد بالاستغلال، وقد أشارت إلي ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "وتحسن الإشارة إلي أن العقود الاحتمالية ذاتها، يجوز أن يطعن فيها علي أساس الغبن، إذا اجتمع فيه معني الإفراط، ومعني استغلال حاجة المتعاقد أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه"(١).

وإذا كان الاختلال يظهر بصورة أوضح في عقود المعاوضة، فإنه قد يتوافر أيضاً في العقود التبرعية، كالهبة أو التصرفات الفردية كالوصية، مع اختلاف في المعيار الذي يقاس به الاختلال، إذ لا توجد - في عقود التبرع - أداءات متقابلة حتى يمكن القول بوجود عدم التعادل بينهما، وإنما يمكن الاعتماد علي معايير أخرى غير المعيار الموضوعي القائم

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية. ج٢ ص١٩١.

علي المقارنة، إذ يمكن النظر مثلاً إلي مقدار التبرع بالنسبة إلــي ثــروة المتبرع، بل أن الاستغلال قد يبدو وبصورة أوضح في عقود التبرع أكثر منه في عقود المعاوضة، فإذا كان الاســتغلال يوجــد إذا حصــل أحــد المتعاقدين علي أقل مما يعطي بشكل كبير في العقد، فإنه يقوم – من باب أولي – إذا استغل شخص في آخر طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ليدفعه إلــي أن يهب له شيئاً، بمعني أن يقدم له مالاً دون أن يحصل علي أي مقابــل له.

الشرط الثاني : أن يقترن عدم التعادل باستغلال طيش بين أو هوي جامح في المتعاقد الآخر :

إذا كان عدم التعادل البين بين آداءات الطرفين فــي العقــد أو فــي التصرف عموماً شرطاً مهماً لوجود الاستغلال المعيب للإرادة، فإنه ليس كافياً إلا إذا اقترن بعنصر نفسي مضمونه وجود حالة نفسية لدي المتعاقد استغلها المتعاقد الآخر وأبرم العقد. وهي مسيطرة علي المتعاقــد، وقــد أشارت المادة (١٢٩) إلي عناصر هذه الحالة بقولها "وتبين أن المتعاقــد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينــاً أو هوي جامحاً..." ويعرف الطيش البين بأنه خفة زائدة أو رعونــة مبــالغ فيها تدفع إلي التسرع في إبرام العقد دون تقدير المكســب والخســارة أو معرفة حجم الالتزامات المتقابلة ومقدارها. أما الرغبة الجامحــة فهــي عبارة عن النزوة الشديدة أو الميل المفرط إلي شيء ما أو شخص مــن

الأشخاص، وتؤدي بالمتعاقد إلي إبرام العقد دون القدرة علي معرفة مصالحه أو التحكم في تصرفاته.

ويضرب الفقه - باستمرار - مثلاً للهوي الجامح أو الطيش البين بالرجل الطعين في السن الذي يتزوج من فتاة تصغره بفارق كبير من الأعوام، فتستغل الفتاة هذه الحالة لدي الزوج لتدفعه إلي تنازله عن ممتلكاته كلها أو جزء كبير منها، بما يترتب علي ذلك من حرمان الورثة الباقين. أو أن تطلب زوجة من زوجها الطلاق لكي تتزوج من آخر، فيستغل الزوج هذه النزوة أو الرغبة لدي الزوجة ويحصل علي أموالها نظير الطلاق. ويلاحظ أن زواج الرجل الكبير من فتاة صغيرة، أو طلاق الرجل لزوجته لتتزوج بآخر، لا يؤدي - بذاته - إلي وجود استغلال، وإنما يتعين أن يتوافر استغلال الحالة التي عليها الشخص من قبل آخر ودفعه إلي التعاقد بشكل يغبن فيه، وهذا لن يتأتي إلا إذا كان المتعاقد الآخر علي علم بوجود الطيش البين أو الهوى الجامح لدي المتعاقد الآخر ويسعي إلي استغلال ذلك.

ويقع عبء إثبات ذلك علي من يدعي وجود الاستغلال أو يطالب بتوقيع الجزاء المترتب علي ذلك[١] ويتعين - من ناحية أخرى - أن

---

[١] وقد قضت محكمة النقض بأن "إذا كان الواقع في الدعوى هو أنه تقدم بطلب للمجلس الحسبي بتوقيع الحجر علي شخص للعتّه وضعف الإرادة وفقدان الأهلية، ولم يصدر المجلس قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلي بقية الورثة، وكان الحكم إذ قضي ببطلان هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السائغة=

يكون استغلال أو الحالة التي عليها المتعاقد هي التي دفعت المتعاقد الآخر إلي التعاقد، أما إذا ثبت أن العقد أبرم من جانب المتعاقد الآخر غير مدفوع باستغلال الحالة التي عليها المتعاقد الآخر، ويكون - في الغالب - لا يعلم بوجودها، فإن العقد يكون صحيحاً لا يملك المتعاقد طلب إبطال العقد للاستغلال. ويخضع تقدير هذه الأمور وتوافر الاستغلال المعيب للإرادة من عدمه لمحكمة الموضوع بلا تعقيب عليها من محكمة النقض. ولذلك يجب الدفع بالبطلان والتمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز أن يدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض.

جزاء الاستغلال :

يتفق عيب الاستغلال مع العيوب الأخرى في أنه يعطي لمن وقع فيه الحق في التمسك بإبطال العقد، ويختلف هنا بإنفراده بأنه يمكن المتعاقد المغبون من المطالبة بإنقاص التزاماته إلي الحد الذي يزول معه عدم التعادل، مع أن للقاضي دوراً في الإنقاص حتى ولو طلب المغبون الإبطال، وعلي ذلك فإن جزاء عيب الاستغلال يظهر في ناحيتين تتمثل

=الصادرة التي أوردها أن هذا الشخص كان في حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معه صحة الرضا بالعقود الصادرة منه، وهو ما جعله أساساً لبطلانها، فإن النعي علي الحكم بمخالفة القانون في هذا الخصوص يكون علي غير أساس" نقض مدني في ١٩٥٤/١٢/٩، مج أحكام النقض س٦ ص٢٥٧، رقم ٢٢، وإذا كانت محكمة النقض قد صححت الحكم من زاوية، فإنها كان يتعين عليها إبطاله من زاوية أخرى وتتعلق بكون دعوى إبطال العقد للاستغلال لا يجوز رفعها إلا من المتعاقد المغبون؛ ولا يقبل من أي شخص آخر حتى ولو كان الورثة.

الأولي في إبطال العقد وتتعلق الثانية بالإنقاص.

أ- إبطال العقد :

وهو حل أو جزاء تشترك فيه عيوب الإرادة كلها، فالمتعاقد المغبون له الحق في إبطال العقد إذا استطاع إثبات وجود عدم التعادل بين ما يحصل عليه من العقد وبين ما يقدمه وإن ذلك جاء نتيجة استغلال المتعاقد معه لطيشه البين أو هواه الجامح، فإذا نجح في إثبات ما تقدم كان له إبطال العقد، ويلاحُظ أن هذا الجزاء لا يلجأ إليه إلا المتعاقد المغبون، لأن الأمر متعلق ببطلان نسبي لا يجوز أن يتمسك به إلا من تقرر لمصلحته وهو المتعاقد المغبون وفقاً للمادة (١٢٩) "... جاز للقاضي – بناء علي طلب المتعاقد المغبون..." ويصل المتعاقد إلي الإبطال من خلال دعوى إبطال يرفعها أمام المحكمة المختصة، مع مراعاة أن لهذه الدعوى أجلاً مقيداً خاصاً بها، فهي علي عكس الدعاوى الأخرى الخاصة بعيوب الإرادة- تتقادم بمضي سنة من تاريخ إبرام العقد، وليس من تاريخ اكتشاف العيب. وذلك طبقاً للفقرة الثانية من المادة (١٢٩) وهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، أي لا يرد عليها وقف ولا انقطاع.

ويخضع تقدير الإبطال من عدمه لقاضي الموضوع إذ يقدر بسلطته التقديرية توافر الشروط من انتفائها. بل قد لا يحكم القاضي بالإبطال علي الرغم من توافر الشروط وذلك في الحالة التي يعرض فيها المتعاقد

الآخر ما يؤدي إلي توقي دعوى الإبطال، بأن يقدم ما يكفي لرفع الغبن من زيادة في التزاماته. ويخضع ما يقدمه المتعاقد لتقدير قاضي الموضوع، فإذا وجد أن ما يعرضه المتعاقد الآخر كافياً لرفع الغبن قبله ورفض - بذلك - دعوى الإبطال.

وقد أوضحت ذلك الفقرة الثالثة من المادة (١٢٩). فإذا كان المشتري قد استغل حالة البائع وطيشه وهواه واشتري منه المبيع بثمن بخس لا يتعادل إطلاقاً مع قيمة - الشيء الحقيقية؛ فإذا رفع البائع دعوى الإبطال، فإن للمشتري توقي هذه الدعوى بأن يعرض زيادة الثمن إلي الحد الذي يراه القاضي كافياً لإزالة الغبن، ويقدر ذلك القاضي بسلطة تقديرية مطلقة، مهتدياً بالظروف المحيطة بالتعاقد، ومراعاة حسن نية المتعاقد الآخر أو سوئها.

ب- إنقاص العقد :

قد يكتفي المتعاقد المغبون بطلب إنقاص التزاماته إلي الحد المعقول الذي يزول معه الاختلال الفادح بين التزاماته والتزامات المتعاقد الآخر، فإذا اشتري المشتري شيئاً بثمن باهظ لأن البائع قد استغل لديه الطيش أو الهوى، فإنه يجوز له أن يطلب من القاضي إنقاص الثمن إلي الحد المعقول الذي يرفع الغبن. وإذا طلب المتعاقد المغبون في دعواه إبطال العقد، فإن لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في إجابته لطلبه أو الحكم بإنقاص التزاماته وذلك في الحالة التي يتأكد فيها لديه. بأن إرادة المتعاقد

لم تصل في تعيبها إلي الحد الذي يتطلب الإبطال. أما إذا طلب المتعاقد في دعواه إنقاص التزاماته، فلا سلطة للقاضي في التحول عن هذا الطلب والقضاء بالإبطال إذ لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلب منه.

الغصن الخامس

الغبن

لم يأخذ المشرع المصري بالغبن كعيب عام من عيوب الإرادة وإنما اقتصر الأخذ به علي بعض العقود أو التصرفات، وقد أشارت إلي ذلك المادة (١٣٠ مدني) بقولها "يراعي في تطبيق المادة السابقة (١٢٩) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود أو بسعر الفائدة" من هذه العقود، عقد بيع عقار مملوك لقاصر، عقد القسمة، وعقد الوكالة، عقد الشركة، عقد القرض بفائدة، وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الجزائي. ويري بعض الفقه أن الغبن في هذه العقود لا يعد عيباً في الرضا، بل هو عيب في العقد ولذلك فهو يقوم علي معيار مادي بحت[١] ونعرض في هذا الصدد لنوعين من العقود يتوافر بالنسبة لهما عيب الغبن وهما :

١-بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية. ٢- عقد القسمة.

١-عقد بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية :

إذا كان القانون المدني الفرنسي ينظر إلي الغبن علي أنه عيب عام من عيوب الإرادة، فإن القانون المدني المصري الحالي لم يأخذ بنظرية الغبن كقاعدة عامة، بل أخذ بنظرية الاستغلال، وطبق نظرية الغبن في

---

(١) السنهوري : المرجع السابق، ص٤٨٤.

بعض الحالات، فذكر منها بيع عقار ناقص الأهلية، إذ تنص المادة (٤٢٥ مدني) علي أنه إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد علي الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل"، ويعد الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية من تطبيقات الثمن البخس وهو الثمن الذي يقل كثيراً عن قيمة المبيع ولكنه ثمن حقيقي قصده الطرفان.

ويشترط لتطبيق هذا النص ما يلي :

١-أن يكون المبيع عقاراً مملوكاً لشخص معدوم الأهلية أو ناقصها، كمجنون أو معتوه أو سفيه أو قاصر أو نحوه، فلا تنطبق النصوص إذا باع كامل الأهلية عقاراً له قيمته أربع آلاف في مقابل مبلغ قدره ألف كان بيعه صحيحاً. فكامل الأهلية حر في بيع مال بأي ثمن بشرط ألا يكون صورياً أو تافهاً ويلاحظ أن الغائب أو المحجور عليه[١] لعقوبة جناية أو من عين له مساعد قضائي فهؤلاء لا يعدون ناقصي الأهلية وحكمهم هو حكم كامل الأهلية، ولا ينطبق الحكم علي المنقول ولو كان مملوكاً لشخص غير مميز. فبيع المنقول بأي ثمن جدي مهما قل لا يتوافر فيه الغبن

---

[١] أما القانون الفرنسي فيجيز الطعن في بيع العقار بغبن فاحش سواء أكان المالك له كامل الأهلية أو ناقصها، ويعتبر البيع بغبن فاحش إذا زاد الغبن علي ١٢/٧ من قيمة العقار، ويجبر المشتري إما علي رد العين واسترداد الثمن وإما علي تكملة الثمن إلي تسعة أعشار القيمة وقت البيع. At. 1674. C. C. F.

حتى ولو كان مملوكا لغير كامل الأهلية، فإذا بيعت أسـهم فـي شركة أو سندات أو سيارات أو غير ذلك من المنقـولات بغـبن فاحش لا تحميه دعوى الغبن الفاحش وإنما تحميه الإجراءات التي رسمها المشرع لحماية القصر والمحجور عليهم في قانون الولاية علي المال ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب المآل، كما فـي بيـع الأشجار بقصد قلعها.

وإذا كان محل عقد واحد عقاراً ومنقولاً وكانت الصفقة قابلة للتجزئة فيجوز الطعن بالغبن في العقار فقط، أما إذا كانت الصفقة غيـر قابلـة للتجزئة، جاز الطعن في البيع كله بالغبن، مع الأخذ في الحسـبان قيمـة العقار فقط[١].

٢-أن يكون هذا الشخص غير المميز بائعاً لا مشترياً، فالقاصر مثلاً إذا اشتري عقاراً لا ينطبق عليه هذا النص، أما إذا باعه فينطبق.

٣-يجب أن يكون العقار قد بيع بالطرق القانونية بمعنـي أن البـائع يكون له حق البيع، كالولي الشرعي أو الوصي أو القيم، ويكـون هذا البائع قد استأذن المحكمة فيما يجب أن يسـتأذنها فيـه مـن البيوع، وإلا كان البيع باطلاً وفقاً لقانون الولاية علي المال.

٤-يجب أن يكون البيع اختياراً لا بطريق المزاد العلنـي، فـالمزاد

---

(١) السنهوري : المرجع السابق، ص٩٨؛.

AUBRY et REU. Op. cit., No. 358.

يفسح السبيل للحصول علي أكبر ثمن ممكن، فإذا رسا المزاد بثمن أقل من قيمة العقار بأكثر من الخمس، فلا محل للطعن بالغبن إذ يدل ذلك علي أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من ذلك. والبيع بالمزاد العلني قد يكون قضائياً أو إدارياً، إذا بيع عقار محجوز عليه بيعاً إدارياً لم يجز الطعن في البيع بالغبن.

٥- يجب أن يكون البائع قد لحقه غبن يزيد علي الخمس، وهذا هو الغبن الفاحش في بعض المذاهب الإسلامية. ولذلك فمعيار الغبن موضوعي لا ذاتي والعبرة في تقويم المبيع لمعرفة قيمة الغبن هي بوقت البيع لا بوقت الطعن بالغبن، فلا يؤثر نزول أو ارتفاع قيمة العقار وقت الطعن عنها وقت البيع[١].

الجزاء علي الغبن :

الغبن ليس سبباً لإبطال العقد وإنما هو سبب لتكملة الثمن، فيجب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل، فإذا بيع عقار قيمته ١٠٠٠٠ جنيه، بمبلغ ٧٠٠٠ جنيه كان الغبن ٣٠٠٠ جنيه وهو يزيد علي خمس قيمته بألف جنيه فوجب تكملة الثمن إلي ٨٠٠٠ جنيه أي بإضافة ١٠٠٠ جنيه فيتحقق غرض المشتري باستكمال الثمن بحيث يصل إلي مقدار

---

(١) وتفسير قيمة المبيع لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يجيز الطعن أم لا هو من سلطة محكمة الموضوع بشرط أن تقيم قضاءها علي أسباب سائغة. (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، س٢٧، رقم ٨١، ص٣٧٦).

يتغابن فيه الناس والذي يرفع دعوى تكملة الثمن هو صاحب العقار نفسه أو ورثته أو بواسطة وليه وترفع علي المشتري أو ورثته وعلي المدعي إثبات قيمة العقار وأن الغبن يزيد علي الخمس.

ولو أن ناقص التمييز باع بنفسه هذا العقار لكان بيعه باطلاً أو قابلاً للإبطال حسب الظروف. وكذلك الأمر إذا أجري البيع النائب عن ناقص التمييز بغير إذن ممن يجب إذنه، ولو كان البائع كامل الأهلية واستغل فيه طيش بين أو هوي جامح يحق له إبطال العقد وفقاً لنظرية الاستغلال، أو لجاز استكمال الثمن كله إذا أراد القاضي ذلك.

والحكمة من وجود هذا النص الخاص ببيع عقار ناقص الأهلية، هو أن القانون أراد أن يوسع في الفرص للضعفاء كي يستردوا ما غبنوا فيه، ولو كان عقارهم قد بيع بطرق مشروعة، إذ ربما يكون النائب عن هؤلاء الضعفاء متواطئاً علي مصالحهم مع الغير.

تقادم دعوى الغبن :

تنص المادة (٤٢٦) من التقنين المدني علي أن :

"تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع".

فإذا كان صاحب العقار غير مميز أو قاصر وبلغ سن الرشد فإن له

رفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث سنوات التالية لبلوغه سن الرشد، فإذا انقضت هذه المدة لم يجز له رفع هذه الدعوى، ولكن هذا لا يمنع ولي الصبي من رفع الدعوى طوال المدة التي يبقي فيها الصبي غير كامل الأهلية. وإن مات قبل بلوغه فإن لورثته رفع دعوى بتكملة الثمن في خلال ثلاث سنوات من وقت موته.

وإذا كان صاحب العقار محجوراً عليه، فإن له رفع الدعوى خلال مدة ثلاث سنوات من وقت رفع الحجر ولورثته رفع الدعوى خلال نفس المدة تبدأ من وقت وفاته.

ومدة الثلاث سنوات مدة تقادم لا سقوط، لا توقف وإن كان يرد عليها أسباب الانقطاع (م٣٨٢/٢ مدني).

وإذا لم يقم المشتري بتكملة الثمن بعد الحكم بذلك فإن لصاحب العقار طلب فسخ البيع، ويسترد العقار بعد الفسخ ويجوز له مطالبة المشتري بتعويض ما لحقه من أضرار.

وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع، فإن لصاحب العقار استرداد المبيع إذا كان من تلقي العقار سيء النية، أما إذا كان حسن النية فإن دعوى الفسخ لا تلحق به ضرراً ولا يستطيع البائع أن يسترد العقار ولا يبقي له إلا الرجوع علي المشتري بالتعويض.

ودعوى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن وإن كانت نتيجة لها،

ولذلك فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ وهو امتناع المشتري عن تكملة الثمن[١].

الفرق بين حالتي الاستغلال والغبن :

أ- الاستغلال نظرية عامة فهي تسري علي البالغين، إذ استغل فيهم طيش بين أو هوى جامح، أما الغبن، فلا يكون إلا بالنسبة لناقص التمييز.

ب-الاستغلال يسري علي العقار والمنقول، وعلي المتعاقد بائعاً أم مشترياً، أما الغبن فيسير علي العقار لا علي المنقول، ويستفيد منها البائع، دون المشتري.

ج- الجزاء علي الاستغلال هو البطلان النسبي، إلا أن يعرض الطرف المستفيد ما يراه القاضي كافياً لتعادل الالتزامات، قد يصل إلي دفع الثمن بأكمله، أما في الغبن فلا يكون الدفع إلا في حدود أربعة أخماس الثمن.

د- المعيار الذي بنيت عليه نظرية الاستغلال، فيه عنصر متصل بالإرادة، هو الطيش البين والهوى الجامح من جانب الطرف المغبون، فهو إذن عيب من عيوب الإرادة. أما المعيار في الغبن،

---

[١] السنهوري : المرجع السابق، ص٥٠٩.

المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٤، ص٤٠.

فمعيار مادي بحت، إذ يجب تكملة الثمن إلي أربعة أخماس ثمن المثل، ولو لم يكن هنالك استغلال، فالمعيار الوحيد في الغبن هو ثمن المثل، أما في الاستغلال فالمعيار مزدوج فيه عنصر إرادي هو الطيش البين والهوى الجامح وفيه عنصر مادي هو عدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة.

٢-الغبن في القسمة الاتفاقية :

بما أن هذه القسمة تتم نتيجة اتفاق بين الشركاء، بمعني أن هناك عقداً مبرماً بين هؤلاء فإننا نطبق القواعد العامة في العقود، وبخاصة تلك المتعلقة بصحة التراضي والمحل والسبب فإذا تخلف ركن من هذه الأركان أو تعيب، كان من حق من له مصلحة أن يتمسك ببطلان عقد القسمة أو إبطاله. وهو ما ينطبق علي عيوب الإرادة من غلط أو إكراه وتدليس وعلي عدم مشروعية المحل أو غياب السبب غير أن المشرع قد استثني عيباً من عيوب الإرادة واختصه بأحكام خاصة إلا وهو عيب الغبن فقد نصت المادة (٨٤٥ مدني) علي "١- يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد علي الخمس، علي أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، ٢- ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة، وللمدعي عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد، إذا أكمل للمدعي نقداً أو عيناً ما نقص من حصته".

وطبقاً لهذه المادة، يشترط لإعمال جزاء الغبن في القسمة الشروط الآتية :

١-يتعين أن تكون القسمة اتفاقية، فلا يجوز التمسك بتطبيق المادة (٨٤٥) علي القسمة القضائية، وذلك لسببين أولهما : أن الإجراءات التي تتبع في هذه القسمة من الفرض فيها أنها تحول دون وقوع غبن بأحد المتقاسمين، وذلك للرقابة القضائية الممارسة علي إجرائها، ثانيهما : أن الحكم الصادر في القسمة القضائية يخضع للطعن عليه بكل طرق الطعن الممكنة والمتصورة علي أي حكم، ولهذا، فإنه إذا وقع غبن أو وجد عيب في القسمة القضائية، فإن من الممكن تلاشيه من خلال الطعن علي الحكم الصادر بها ومتى كانت القسمة اتفاقية، فإنه يجوز نقضها للغبن أياً كانت الصورة التي تمت بها أي سواء أكانت قسمة صريحة تمت باتفاق صريح بين الشركاء أم كانت فعلية حدثت باتفاق ضمني بينهم – كما يستوي أن تكون قسمة عينية بمعدل أو بدون معدل، أو كانت بطريقة التصفية ورسا المزاد علي أحد الشركاء[١].

٢-أن يغبن أحد الشركاء – أو بعضهم – في القسمة بما يزيد علي الخمس، فالمادة (٨٤٥) تجيز لكل متقاسم طلب نقض القسمة، إذا

---

(١) السنهوري : الوسيط – الجزء الثامن، ص١١٨٧، وإذا رسا المزاد علي أجنبي فإن ذلك يعد بيعاً للمال وليس قسمة وبالتالي لا يكون هناك محل لطلب نقض القسمة.

زاد ما نقص من النصيب المستحق له نتيجة القسمة عن خمس حصته. ويلاحظ أنه يكفي توافر الغبن بهذه الصورة حتى ولو وقع بغير قصد أو نتيجة جهل، بمعني أنه لا يشترط لإعمال جزاء الغبن في القسمة الاتفاقية أن يكون هناك استغلال من جانب، باقي المتقاسمين للمتقاسم المغبون إذ أن الغبن المقصود به هنا هو مجرد نقص في الحصة المستحقة بما يزيد عن الخمس فقط دون حاجة إلي البحث فيما إذا كان هذا الغبن قد جاء نتيجة استغلال طيش بين أو هوى جامح في المتقاسم كما هو معروف في القواعد العامة، أم لا وأن كان هذا لا يمنع المتقاسم من التمسك بهذا الاستغلال في أي وقت، وبخاصة إذا كان الغبن لا يزيد عن الخمس. إلا أنه يلزم هنا بإثبات عناصر الاستغلال طبقاً للقواعد العامة.

ويلاحظ أن تقدير مدي توافر الغبن الذي يزيد عن الخمس يتم وقت القسمة، أي أن الأمر يقتضي أولاً : تقدير قيمة المال الشائع وقت القسمة، ثانياً : يقل عن هذا النصيب بما يجاوز الخمس كنا بصدد الغبن الذي يتيح نقض القسمة أما إذا كان الاختلال بين نصيب المتقاسم وأنصبة الآخرين قد جاء نتيجة واقعة لاحقة علي القسمة أدت إلي ارتفاع قيمة حصص الشركاء أو إلي انخفاض حصة المتقاسم الذي يدعي الغبن، فلا مجال هنا لأعمال المادة (٨٤٥)، إذ أن الاختلال كان نتيجة واقعة خارجة عن

القسمة، وليس لأحد المتقاسمين دخل فيها ويلاحظ أيضاً أن هناك فرقاً بين الوقت الذي يتم فيه التقدير وذلك الذي يكتشف فيه الغبن فإذا ما اكتشف المتقاسم الغبن في فترة لاحقة على إجراء القسمة، فإنه يجوز له نقض القسمة إذا اثبت أن الغبن كان موجوداً وقت إجرائها مع مراعاة مدة السنة المشار إليها في المادة (٨٤٥).

٣-يتعين على المتقاسم الذي يدعي الغبن أن يرفع دعوى بطلان القسمة في خلال سنة من تاريخ القسمة، فإذا مرت هذه المدة ولم يطعن لم يكن له الحق بعد ذلك في المطالبة بنقض القسمة، إذ يستدل من مرور المدة رضاؤه بالقسمة حتى ولو كان فيها غبن له. والأمر نفسه، إذا صدر منه بعد القسمة ما يدل علي تنازله عن التمسك بنقض القسمة علي الرغم من علمه بوجود الغبن، فإذا صدرت منه إجازة صريحة أو ضمنية للقسمة بعد هذا العمل، يسقط حقه في رفع دعوى نقض القسمة، وتستشف إجازته الضمنية من كل تصرف يصدر عنه يدل علي قبوله للقسمة بما فيها من غبن له، كأن يدفع المعدل المطلوب منه، أو يبيع الجزء المفرز الذي آل إليه[١] ولكن يشترط للقول بصحة التنازل وفعالية

---

[١] وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن المادة ٨٤٥ مدني قد جعلت من الغبن الذي يزيد علي الخمس عيباً في عقد القسمة يجيز بذاته للشريك المغبون طلب نقضها، ولهذا الشريك أن يجيز القسمة التي لحقه منها غبن، فتصبح بعد ذلك غير قابلة للنقض، وهذه الإجازة كما تكون صريحة، يجوز أن تكون ضمنية، إذ القانون لم يشترط لتحقيقها صورة معينة، وتصرف=

الأثر المترتب عليه، علم المتقاسم بالغبن الذي يزيد عن الخمس وقت القسمة، أما إذا جاءت أجازته للقسمة نتيجة جهله بوجود الغبن أو لاعتقاده في أن الغبن الموجود هو غبن يسير لا يزيد عن الخمس، فإن حقه في رفع الدعوى لا يسقط، وتجدر الإشارة إلي أن مدة السنة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم، ولذلك لا يسري بشأنها الانقطاع أو الوقف والحكمة من جعل المدة سنة ومن عدم اعتبارها مدة تقادم، تكمن في الرغبة في سرعة تحقيق الاستقرار النهائي للقسمة وثبات مراكز المتقاسمين، لتمكينهم من التصرف في الحصص التي آلت إليهم.

إذا توافرت الشروط السابقة، كانت النتيجة هي نقض القسمة الاتفاقية وإعادة الحال إلي ما كانت عليه قبلها، أي إلي حالة الشيوع وبذلك يتضح أن نقض القسمة هنا هو نوع من البطلان النسبي المقرر لمصلحة المتقاسم المغبون، وذلك لتشابه الأثر المترتب علي كل من النقض والبطلان، ألا وهو إعادة المتقاسمين إلي حالة الشيوع التي كانت موجودة قبل القسمة وبذلك يمكن القول أن أساس النقض هنا هو البطلان الذي

=الشريك المغبون في كل أو بعض نصيبه بعد علمه بالغبن الذي لحقه وظروفه، يمكن أن يعتبر إجازة ضمنية للقسمة ونزولاً منه عن حقه في طلب نقضها إذا دلت ظروف الحال علي أن نية قد اتجهت إلي التجاوز عن هذا العيب، وإلي الرضاء بالقسمة رغم وجوده وتقدير تلك الظروف وتعرف هذه النية من شئون محكمة الموضوع. نقض مدني في ١٩٦٨/١٢/٥، مج أحكام النقض، ص١٩، ص١٤٨٠.

يشوب التصرف (القسمة) نظراً لوجود عيب في إرادة أحـد المتقاسـمين (وهو الغبن).

وقد أعطت المادة (٨٤٥ مدني) للمتقاسمين فرصـة تفـادي نقـض القسمة للغبن، بأن يقوموا بإكمال نصيب المتقاسم المغبون الذي يطعن في القسمة وتكون التكملة إلي درجة إزالة الغبن كلية، أي إلـى أن يصبح نصيب المتقاسم مساوياً للأنصبة الأخرى فالمقصود برفع الغبن المشـار إليه في المادة هو إزالة كل ظلم أو غبن لحق بالمتقاسم، وليس فقط مجرد إكمال نصيب الشريك المغبون إلي أربعة أخماس، بحيث لا يكون هنـاك أية نسبة من الغبن، وهو ما قصدته المادة بقولها "إكمال... ما نقص من حصته".

ويلاحظ أن من حق الشركاء عرض التكملة في أية مرحلـة كانـت عليها دعوى النقض، فإذا قاموا بذلك قبل صدور الحكم، فإن للمحكمة – بعد التأكد من صحة العرض وكفايته – أن تحكم – بوقـف السير فـي الدعوى، بل إن الفقه يذهب إلي أن عبارة المادة تسمح بالقول بـأن فـي استطاعة المدعي عليه أن يعرض إكمال النصيب علي المتقاسم المغبون حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة وذلك لأن صـيرورة القسـمة نهائية وعدم نقضها هو الغرض الذي من أجله أعطي المشرع للمـدعي عليهم في دعوى النقض مكنة منع النقض، وهو ما يتوافر باستمرار حتى بعد صدور حكم نهائي بنقض القسمة.

المطلب الثاني

المحل L'objet

لا يكفي الرضا - كركن في العقد - لوجود العقد وصحته ولو توافرت فيه الشروط المحددة في النصوص القانونية التي سبق دراستها، وإنما يتعين وجود - بجانب الرضا - محل للعقد تجتمع له الشرائط التي حددها التقنين المدني لصحة المحل ومشروعيته.

ويعرف المحل بأنه ما يرد عليه العقد سواء أكان شيئاً أم عملاً؛ فقد يكون محل العقد شيئاً؛ كنقل حق عيني، أو قد يكون عملاً أو الامتناع عن عمل؛ كأن يلتزم المقاول والعامل بأداء ما التزموا به في عقد المقاولة والعمل. وهناك شروط ينبغي توافرها لصحة المحل- وبالتالي صحة العقد - ومشروعيته وقد نظم التقنين المدني هذه الشروط في المواد من (١٣١ إلي ١٣٥) وهي : ١- يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً أو ممكناً، ٢- يتعين أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، ٣- أن يكون قابلاً للتعامل فيه.

١-أن يكون المحل موجوداً أو ممكناً :

وقد نصت علي هذا الشرط المادتان، (١٣١، ١٣٢ مدني)، فقد نصت **أولاهما** علي أن "١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً، ٢- غير أن التعامل في تركة إنسان علي قيد الحياة باطل، ولو كان برضاه،

إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون" وقد نصت **ثانيتهما** علي أنه "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً".

يتم الحديث عن الوجود من عدمه، إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني، فالشيء الذي يرد عليه العقد أياً كان مضمونه أو نوعه، يجب أن يكون موجوداً من الناحية القانونية والواقعية، ووجود الشيء ينبغي أن يتحقق لحظة إبرام العقد، فإذا كان الشيء غير موجود عند العقد، فإنه يكفي أن يكون ممكن الوجود في المستقبل. إذ قد يتفق المتعاقدان علي شيء غير موجود عند التعاقد، ولكنه سيوجد في المستقبل، فإذا كان هذا الوجود ممكناً ولا يثور شك حول وجوده في المستقبل، فإن العقد يكون صحيحاً ومبرماً من لحظة التعاقد.

ويختلف الأمر في الحالة التي يقصد فيها المتعاقدان التعاقد علي شيء موجود عند التعاقد، ثم يتضح عدم وجوده في هذه اللحظة، فإن العقد يكون باطلاً حتى ولو أمكن للشيء أن يوجد في المستقبل، عن الحالة التي يتعاقد فيها الأطراف علي شيء غير موجود في الحال ولكنه سيوجد في المستقبل، فإن العقد يكون صحيحاً عند إبرام العقد، وإذا فرض ولم يوجد الشيء في المستقبل، فإن الجزاء يكون هو فسخ العقد وليس بطلانه.

والمثال علي التعاقد علي شيء مستقبل، أن يتفق شخص مع نجار موبيليا علي غرفة نوم أو صالون، يتعهد النجار بتصنيعها وتسليمها إلي

هذا الشخص في الوقت الذي يحددانه، فهنا يكون العقد مبرما وصحيحا من لحظة التعاقد، وهذا ما يسمي في الفقه الإسلامي "عقد الاستصناع"، كما يمكن التعاقد علي بيع الثمار قبل ظهورها بثمن يقدر جزافاً أو بالوحدة.

علي أنه إذا كانت القاعدة العامة هي جواز التعاقد علي شيء مستقبل، فإن هناك استثناءات تخرج عن هذه القاعدة، وتقوم بنصوص قانونية : أي أن المشرع هو الذي يقرر الخروج علي القاعدة، وبذلك لا يجوز للأفراد الحكم علي تعاقد علي شيء مستقبل بأنه باطل إلا إذا كان المشرع قد قرر ذلك من قبل بنص قانوني. ومن هذه الاستثناءات، تلك الحالة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة (١٣١ مدني)، وتتعلق ببطلان التعامل علي تركة مستقبلية ولو كان ذلك برضاء الشخص، فالتعامل في تركة إنسان علي قيد الحياة باطل بطلانا مطلقاً ولو كان ذلك برضاه"، وإن كان يجوز الخروج علي هذا الأصل في الحالات التي يقرر القانون ذلك بنص خاص.

ولا يرجع بطلان التعامل علي تركة مستقبله إلي أن من يتعامل بالبيع مثلاً، يكون بائعاً لما لا يملك، لأن حكم بيع ملك الغير هو البطلان النسبي المقرر لمصلحة المشتري في العقد، بينما التعامل في تركة مستقبلية هو باطل بطلاناً مطلقاً وإنما يعود عدم جواز التعامل في تركة إنسان علي قيد الحياة إلي النص الخاص الذي قرره، وتكمن حكمته في

ضرورة احترام الإنسان وحفظ كرامته وعدم إهانته وهو حي، إذ كيف يتصور شعور ذلك الشخص الذي يتعامل ورثته في تركته وهو علي قيد الحياة، كما أن الوارث الذي يبيع أو يتعامل في تركة مورثه وهو مازال حياً، يكون قد استعجل شيئاً، وينبغي معاملته بنقيض مقصوده، إذ لا يعلم أحد الغيب ولا يدري من يكون الوارث ومن هو المورث.

ويقع التعامل باطلاً أياً كان نوعه ومقداره، فإذا كان التعامل بيعاً وقع علي مجموع التركة أو علي أحد أموالها، فإن ذلك يكون باطلاً مادام أن هذا المال ينظر إليه علي أنه من التركة. ويستوي أن يكون التعامل من وارث إلي آخر أو من وارث إلي أجنبي. ويلاحظ أنه يجوز للمورث أن يبيع أمواله كلها أو بعضها إلي أي شخص آخر حتى ولو كان من الورثة. فالإنسان وهو علي قيد الحياة يمتلك التصرف في أمواله كلها بأي وجه من وجوه التصرف، وأياً كان غرضه أو مقصده، فإذا قصد من تصرفه حرمان بعض الورثة من تركته المستقبلة، فإن هذا التصرف سليم وصحيح. إلا إذا توافر عيب من عيوب الإرادة التي سبق عرضها.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الاتفاق الذي ينطوي علي التصرف في حق الإرث قبل انتقاله لصاحبه أو استحقاقه إياه أو يؤدي إلي المساس بحق الإرث في كون الإنسان وارثاً أو غير وارث وكونه يستقل بالإرث أم يشاركه فيه غيره هو اتفاق مخالف للنظام العام إذ يعد تحايلاً علي قواعد الميراث، فيقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ويباح إثباته

بكافة الطرق. ولو كان الوارث طرفاً في الاتفاق"[١].

وإذا كان شرط الوجود يتعلق بمحل العقد إذا كان شيئاً، فإن الإمكان هو شرط ضروري إذا كان محل العقد عملاً؛ فلا يجوز أن يكون العمل موضوع العقد مستحيلاً، إذ لا التزام بمستحيل، والاستحالة المقصودة هنا هي تلك الاستحالة التي تتوافر بالنسبة للكافة وتسمي "بالاستحالة المطلقة" وهي ما عبرت عنها المادة (١٣٢ مدني) بقولها "أن يكون الالتزام مستحيلاً في ذاته" أي أنه لا يمكن لأي شخص القيام بما تعهد به المدين في العقد، فإذا اتفق طبيب علي إجراء عملية جراحية لإنسان ثبت وفاته قبل الاتفاق، كان مثل هذا الاتفاق باطلاً لاستحالة محله. وإذا اتفق محام علي رفع استئناف بعد فوات ميعاده القانوني، كان العقد باطلا.

أما الاستحالة النسبية؛ فإنها لا تؤدي إلي بطلان العقد، وإنما يكون الحل في أن يقوم المتعاقد الآخر بتنفيذ محل الالتزام عن طريق شخص اخر وذلك علي حساب المتعاقد الذي توافرت بالنسبة له الاستحالة النسبية بعد الحصول علي إذن من القاضي المستعجل، بل وبدون الحاجة إلي هذا الإذن في حالات الاستعجال أو الضرورة، فإذا اتفق شخص مع مطرب علي إحياء حفل زفافه، ثم وقعت حادثة لهذا المطرب نتج عنها عجزه عن الغناء، فإن من حق المتعاقد أن يتعاقد مع مطرب آخر لكي يقوم

---

[١] نقض مدني في ١١ نوفمبر ١٩٧٥، مج أحكام النقض س٢٦ رقم ٢٦٤ ص١٣٩٤، كما قضت بأن إجازة الوارث للتصرف الصادر من مورثه لا يعتد بها إلا إذا حصلت بعد وفاة المورث، ذلك أن صفة الوارث التي تخوله حقاً في التركة لا تثبت إلا بعد الوفاة، الحكم السابق.

بتنفيذ العمل الذي استحال علي المتعاقد القيام به. ولا فرق – في هذا الصدد – بين كون الاستحالة النسبية قد سبقت وجود الالتزام أو كانت لاحقة له.

وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان العقد تناول التصرف في أرض كانت قد اكتسبت صفة المال العام قبل صدوره، فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً"[١] ويفهم من هذا الحكم، أن الاستحالة المطلقة إذا لحقت الالتزام محل العقد قبل إبرامه ، فإن هذا العقد باطل، أما إذا نشأت هذه الاستحالة بعد إبرام العقد، فإن العقد ينفسخ بقوة القانون لانعدام محله. مع ثبوت حق المتعاقد في التعويض تجاه المتعاقد الذي تسبب بفعله أو بإهماله في توافر الاستحالة. أما إذا كانت الاستحالة لا ترجع إلي فعل المتعاقد فلا التزام عليه بالتعويض، وأن التزم برد ما كان قد تلقاه من المتعاقد الآخر نظير العقد (كالثمن في عقد البيع). وقد قضت محكمة النقض بأن "متى أثبت الطاعن وهو البائع أن التزامه بنقل ملكية السيارة المبيعة قد صار مستحيلاً بسبب تأميم شركة الطاعن، تنفيذاً للقانون رقم ١٥١ لسنة ١٩٦٣، فإنه يكون قد أثبت أن استحالة تنفيذ هذا الالتزام ترجع إلي سبب أجنبي ووقوع الاستحالة لهذا السبب الأجنبي لا يعفي الطاعن من رد الثمن الذي قبضه، بل أن هذا الثمن واجب رده في جميع الأحوال التي يفسخ فيها العقد أو ينفسخ بحكم القانون...."[٢].

---

[١] نقض مد[illegible] في ١٩٦/٤/٢٧، مج أحكام النقض س١٨، رقم ١٣٥ ص١٨٧٩.

[٢] نقض مدني في ١١ يناير ١٩٧٧، مج أحكام النقض س٢٨ رقم ٤٨ ص٢١١.

٢-أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين :

وهو ما نصت عليه المادة (١٣٣ مدني) بقولها "١- إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره، إلا كان العقد باطلاً، ٢- ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان علي درجة الشيء من حيث جودته، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

سواء وجد الشيء المتعاقد عليه عند التعاقد أو لم يوجد وكان عدم وجوده عند التعاقد لا يؤثر في العقد علي الوجه الذي بيناه فإن تعيين المحل، موجوداً أم غير موجود، واجب وإلا كان العقد باطلاً، ولكن ليس معني ذلك أن يكون التعيين في الحال بل يجوز أن يعهد إلي شخص معين أن يقوم بتعيين الشيء المتعاقد عليه فيما بعد وهذا معني القول بأن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين[١].

---

[١] وقضت محكمة النقض بأن النص في المادة (١/١٢٢) مدني علي أنه إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً، وفي المادة ١/٤١٩ منه علي أنه : "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد علي بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه"، يدل علي أنه إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني علي شيء وجب أن يكون هذا الشيء معيناً أو قابلاً للتعيين، فإذا وقع العقد علي شيء معين بالذات وجب أن تكون ذاتية الشيء معروفة لطرفيه سواء بوصفه في العقد وصفاً مانعاً من الجهالة أو بإمكان استخلاص العناصر الناقصة لتعيين المبيع من النية المشتركة للمتعاقدين وقت إبرام العقد ومن الكيفية التي تم بها تنفيذها له".

نقض مدني في ٢٠ مايو ١٩٨٦، طعن رقم ١٤٤٠، لسنة ٥٢ق (غير منشور).

وتؤثر طبيعة الشيء في الطريقة التي يتم بها تعيينه، فإن كان الحق شخصياً كما في حوالة الحق كان التعيين عن طريق ذكر طرفي الدين (الدائن والمدين) وموضوع الدين، وإن كان واقعاً علي أشياء مثلية كالثمار والغلال والبيض ونحوه تعين بالجنس والنوع والكمية. وإذا لم يحدد بالجنس كان البيع باطلاً لوجود جهالة فاحشة، وإذا لم يحدد بالنوع كان النوع من صنف متوسط، كذلك الكمية، إن لم تحدد فمن الممكن تحديدها بالظروف المناسبة فإذا قلنا أن توريد اللحوم اللازمة لإحدى المستشفيات فإن المستشفي هي التي تقوم بالتحديد وفقاً لحاجتها(١).

ولا ينكر دور العرف في تحديد الشيء ، والمهم في الأمر ألا يترك التعيين بحيث يؤدي إلي جهالة فاحشة وهي مسألة نسبية وتقديرية في الوقت نفسه.

أما إذا كان حقاً عينياً واقعاً علي شيء معين بالذات فيعين حسب طبيعته فإن كان أرضاً زراعية ذكرت الجهة والزمام والحوض والقطعة، وفي بعض الأحيان يكفي أن يقول البائع مثلاً أنه باع الفدان الذي يملكه في بلد كذا، هنا يكون البيع صحيحاً مادام البائع لا يملك سوي هذا الفدان، أما إذا كان يملك أكثر فيجب بيان حدوده أو يذكر ما إذا كان شائعاً...

وإذا كان لم يكن الشيء عيناً معينة وكان عقاراً مبيناً صح تحديده

---

(١) د/ مختار قاضي : المرجع السابق، ص٢٧.

بالرقم والشارع وعدد الأدوار وما إذا كان التصرف واقعا علي البناء أو الأرض أو عليهما معاً.

فإن كان المحل حقاً معنوياً كحقوق استغلال المؤلفات العلمية والأدبية فإن المادة (١٤٩) من قانون الملكية الفكرية الجديد رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ قد نصت علي أن : "للمؤلف أن ينقل إلي الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة في هذا القانون".

ويشترط لتمام التصرف أن يكون مكتوباً وأن يحدد فيه صراحة، وبالتفصيل كل حق علي حدة يكون محل التصرف مع بيان مداه والغرض منه ومدة استغلاله ومكانه. وعلي المؤلف أن يمتنع عن أي عمل من شأنه تعطيل استعمال الحق المتصرف فيه". علي أن نقل احد الحقوق لا يترتب عليه مباشرة حق آخر. ومعني ذلك أن المؤلف إذا باع حق استغلال قصة من تأليفه فيجب أن يبين هل البيع يشمل طبعها للقراءة أو تحويرها للتمثيل أو عمل سيناريو منها للسينما وهكذا.

٣-أن يكون المحل قابلاً للتعامل فيه :

يصلح الشيء ليكون محلاً لعقد إذا كانت طبيعته صالحة لذلك، وكان مؤدياً إلي غرض سليم، ولم يكن التعامل فيه مخالفاً لا للنظام العام والآداب أو لنص من نصوص القانون، وتنص المادة (٨١) من التقنين المدني علي أن : "

١-كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصـــح أن يكون محلاً للحقوق العينية".

٢-والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التـــي لا يســتطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية".

كما قضت المادة (١٣٥) مدني بأن :

"إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العــام أو الآداب، كـــان العقــد باطلاً".

ويستخلص مما تقدم من نصوص أن الشيء لا يصـــلح لأن يكــون محلاً لأي عقد - وبالتالي عقد بيع - وذلك للأسباب الآتية :

أولاً : إما لأن طبيعته تأبي ذلــك، أي أن الشـــيء بحكــم طبيعتــه يستعصي علي التعامل في، كالأشياء التي لا يمكن لأحد الاستحواذ عليها وحيازتها وذلك كالهواء وماء البحر وأشــعة الشــمس[1]، ويلاحــظ أن الطيور في الهواء والأسماك في البحر يمكن أن تكون محلاً للتعامل.

ثانياً : وإما لأن القانون لا يبيح التعامل فيه ولا يجيز أن يكون محلاً

---

[1] ومن نعم الله علي البشرية أنه لم يجعل لأحد سلطاناً ما علي الهواء، فقد يستحوذ فــرد علــي الماء و علي الطعام، إلا أنه لا يوجد مخلوق له سلطة علي الهواء، وحكمة ذلك إن الإنسان لا يمكن أن يعيش برهة بدون هواء وإن استطاع العيش لفترات بدون ماء ولا طعام.

للحقوق، فقد يرغب المشرع في تخصيص بعض الأشياء للمنفعة العامة كما هو الحال بالنسبة للأموال العامة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية العامة. فهذه الأموال لا يصح بيعها طيلة بقائها كذلك، أما إذا زال عنها التخصيص للمنفعة العامة فهنا يمكن أن تكون محلاً لعقد بيع. ونفس الأمر بالنسبة للمال الموقوف طيلة فترة الوقف.

ثالثاً : وإما لأن الشيء محل العقد غير مشروع وذلك كتحريم العقد لكون التعامل فيه متعارضاً مع النظام العام أو الآداب وذلك كالتعامل في المخدرات فهي – كقاعدة عامة – لا تصلح أن تكون محلاً لعقد من العقود[١].

ومن تطبيقات ذلك، عدم جواز نزول شخص عن حريته الشخصية بأي مقابل أو أن يبيع صوته لمرشح ولا يجوز لموظف أن يبيع وظيفته أو ينزل عنها لأحد.

كما لا يجوز – كما تقدم – بيع التركة المستقبلية أو بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاء.

ومن صور البيع غير المشروع، هي حالة بيع مهني أو تاجر عملاؤه للغير... فالأصل أنه لا يجوز لتاجر أن يبيع حق الاتصال بالعملاء علي

---

[١] وإن وجد استثناء علي هذه القاعدة العامة يتعلق بإباحة استعمال والتعامل في المخدرات وذلك للأغراض الطبية إلا أن هذا يعد خروجاً يجب أن يظل ضيقاً وفي حدود مقتضاه.

سبيل الاستقلال، كما لا يجوز لمحامي أو طبيب أو مهندس أن يبيع عملاؤه علي استقلال للغير. ولكن يجوز للتاجر أن يبيع حق اتصاله بالعملاء إلي مشتري المحل التاجر وذلك ضمن مقومات المحل التجاري، وعلي اعتبار أنه عنصر من عناصره كالاسم والعنوان التجاري والسمعة التجارية.

وإذا كان القضاء والفقه الفرنسيان[١] يدينان العقود التي يكون محلها أو أحد عناصرها بيع عملاء أي مهني بسبب أن هؤلاء يرتبطون بصفات شخصية للمهني، ولذلك فليس من المتصور أن يكونوا موضوعاً للتجارة[٢]، فإن القضاء قد اعترف لأي مهني أو حرفي بالحق في تقديم خليفته أو شريكه إلي عملائه، بما يعني أن يكون هؤلاء محل اعتبار عند الاتفاق علي المقابل[٣]، بالإضافة إلي الأدوات والأجهزة المستخدمة.

---

(١) PLANIOLET RIPERT : op. cit., . 10. P. 242.
ROUBEIR : les droits morales et les droits liees aux clients. Rev. . Dr. civ. 1939, p. 251.

(٢) Cass. Civ., 1ere 10-2-1998, JCP, 1998, No. 10142.

(٣) Cass. Civ., 1ere , 7-6-1995, D. 1995, 560.

المطلب الثالث

السبب La Cause

هو الباعث الذي دفع المتعاقد إلي إبرام العقد، أو هو الغرض المباشر الذي قصد المتعاقد الحصول عليه من وراء التزامه في العقد؛ ويقال أن السبب هو عبارة عن الإجابة عن السؤال : لماذا التزم المدين ؟ وقد نصت المادة (١٣٦ مدني) علي أن " إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً". كما نصت المادة (١٣٧) علي " ١- كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل علي غير ذلك. ٢- ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل علي ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل علي صورية السبب فعلي من يدعي أن للالتزام سبباً اخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه".

ويلاحظ – في البداية – أن ربط المشرع السبب بالالتزام ليس دقيقاً، وإنما السبب يتعلق بالعقد والغرض منه. إذ في العقد فقط يملك الشخص حرية تحديد الغرض من تعاقده ومعرفة الغرض من العقد بينما لا يملك ذلك بالالتزامات القانونية، ولهذا، فإن السبب إذا كان متميزاً عن الإرادة إلا أنه مرتبط بها ارتباطاً وثيقاً، بحيث يعبر عما بداخلها وعما اتجهت إلي تحقيقه من وراء العقد.

ولقد ثار خلاف فقهي حول علاقة السبب بالإرادة أو - بالأخص - بالباعث الدافع إلي التعاقد، حيث ذهب البعض إلي أن للسبب وجهين، في الأول يكون السبب هو حصيلة الإجابة عن سؤال، لماذا إذا التزم المتعاقد؟ بينما يكون في الثاني، حصيلة الإجابة عن تساؤل مؤداه من أجل ماذا أبرم المتعاقد العقد(١) ؟ ويلاحظ أن معني السبب واحد في الوجهين، ولا داعي لهذه المحاولات النظرية البحتة والتي تتسم بطابع فلسفي وترجع إلي آراء وأفكار تاريخية قديمة. ويجدر بنا أن نتخطى ذلك إلي بيان الشروط التي حددها المشرع في المادتين السابقتين لصحة السبب ومشروعيته.

١-يجب أن يكون السبب موجوداً :

فلا يلتزم المتعاقد بالعقد إلا إذا كان هناك سبب موجود عند التعاقد يدفعه إلي الالتزام، فلا يلتزم البائع بتقديم الشيء المبيع إلا لوجود التزام مقابل علي المشتري بدفع الثمن، وكذلك الحال في العقود الأخرى وبخاصة تلك العقود الملزمة لجانبين(٢) وتكون العقود التي يبرمها أحد

---

(١) د/ حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص٣٦٠.

(٢) ولا يفهم من ذلك أن السبب لا يُوجد إلا في عقود المعاوضة والملزمة لجانبين، إذ أن السبب ينبغي أن يكون موجوداً بشروطه في عقود التبرع، فنية التبرع هي سبب الالتزام في هذه العقود، فإذا حرر شخص لآخر سند دين في ذمته، ثم استطاع أن يثبت بعد ذلك أن هذا الدين لا وجود له، فإن التزامه بالدين الموجود في السند يبطل إلا إذا استطاع الشخص الآخر إثبات توافر نية التبرع لدي محرر السند عند تحريره، فهنا يكون سبب الالتزام ليس في الدين في ذاته وإنما اتجاه إرادته إلي التبرع.

المتعاقدين دون وجود سبب – علي الأقل – معلوم لديه يتعاقد من اجله باطلة وهو ما يتوافر في الحالات التي يكره فيها المتعاقد علي التوقيع علي العقد، كأن يقر بمديونية عليه وهو – في الأصل – غير مدين، فإذا كان علي علم بذلك عند التعاقد، كان عقده باطلا أما إذا تبين ذلك بعد إبرام العقد، فإن بإمكانه التمسك بإبطال العقد للغلط أو التدليس أو للإكراه.

كما يستطيع المتعاقد التمسك بالفسخ، وذلك في الحالات التي يستحيل فيها علي المتعاقد الآخر تنفيذ ما التزم به، فهذه الاستحالة تؤدي إلي انعدام السبب بالنسبة لأحد المتعاقدين وتعطيه الحق في التمسك بالفسخ أو الانفساخ. مع التعويض وفقاً لكل حالة.

٢-يجب أن يكون السبب صحيحاً :

فإذا كان السبب وهمياً أو صورياً، فإن العقد يكون باطلاً؛ فإذا تخارج وارث مع آخر علي إنه وارث، ثم اتضح بعد ذلك أن الأخير ليس بوارث، والمدين الذي يتفق مع الدائن علي تجديد الدين، ثم تبين له أن الدين باطل أو سقط بالتقادم، فهنا يكون السبب الذي من أجله تعاقد الشخص موهوماً في ذهنه وليس صحيحاً ويكون العقد باطلاً. وإذا كانت الصورية ليست سبباً للبطلان أو للإبطال وفقاً للتقييم القانوني لها، فإنها قد تؤدي إلي البطلان في بعض الحالات التي يكون فيها السبب الحقيقي الذي تعاقد من أجله الشخص غير مشروع. فإذا كان من حق المتعاقد التمسك بالسبب الحقيقي وطرح السبب الصوري أو الظاهري، فإنه

يشترط أن يكون السبب الحقيقي مشروعا. أما إذا كان غير ذلك فإن العقد يكون باطلاً ليس بسبب صوريته وإنما لأن سببه الحقيقي غير مشروع، أو أراد المتعاقد إخفاءه وراء سبب ظاهري مشروع.

وقد أوضحت الفقرة الثانية من المادة (١٣٧) أن السبب المذكور في العقد يكون سبباً حقيقياً إلي أن يقوم الدليل علي عكس ذلك، بأن يثبت أن هناك سبباً آخر حقيقياً للعقد أو أن السبب المشار إليه فيه هو سبب صوري أو وهمي أو غير مشروع. فإن نجح هذا الإثبات، فإن الاعتداد يكون بالسبب الحقيقي، ويكون العقد باطلاً إذا كان هذا السبب غير مشروع لمخالفته نصوص القانون أو النظام العام أو الآداب.

٣-أن يكون السبب مشروعاً :

ويكون السبب كذلك إذا لم يكن مخالفاً للنظام العام أو الآداب أو القوانين بشكل عام. إذ أن كل الاتفاقات التي تهدف إلي تحقيق غرض غير مشروع تكون باطلة. فمن يبرم عقد إيجار شقة لاستخدامها في الدعارة، أو القمار، ومن يتعهد لآخر بارتكاب جريمة، أو يتعهد له بعدم ارتكاب جريمة، نظير مبلغ نقدي، ومن يتفق مع خاطف ابنه علي مبلغ نظير رد الولد ، في كل ما تقدم، تكون مثل هذه الاتفاقات باطله لأن سببها غير مشروع.

وتشير المادة (١٣٧) إلا أن السبب يكون مشروعاً افتراضاً في

الحالات التي لا يفصح فيها المتعاقدان عن السبب في العقد، إما لجهلهم به أو لرغبتهم في عدم الإفصاح عنه، وهذه القرينة التي أوجدتها المادة علي مشروعية السبب، هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب أحد المتعاقدين أو شخص من الغير له مصلحة في ذلك.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يلي " أما فيما يتعلق بإثبات السبب، فثمة قاعدتان أساسيتان، **أولاهما** افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلي أن يقوم الدليل علي خلاف ذلك ويكون عبء إثبات عدم وُجود السبب أو عدم مشروعيته علي عاتق المدين الذي يطعن في العقد **والثانية**، افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلي أن يقيم المدين الدليل علي صوريته، فإذا أقيم هذا الدليل وجب علي الدائن أن يثبت توافر الالتزام علي سبب حقيقي يلحق به صفة المشروعية[١].

النظام العام :

فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية فهي مرنة لأنه يصعب وضع ضوابط محددة لها كما يصعب تعريفها علي وجه الدقة. فإذا كان البعض يعرفها بأنها النظام الأساسي السياسي والاقتصادي والاجتماعي والخلقي الذي يقوم عليه كيان المجتمع في الدولة كما ترسمه القوانين المطبقة[٢].

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج٢، ص٢٢٧.

[٢] د/ عبد المنعم البدراوي : المرجع السابق، ص٩٦.

فإن هذه العبارات فضفاضة ومرنة. ويجب أن تكون فكرة النظام العام مرنة حتى تصل القانون بأسباب التطور التي تلحق بالمجتمع بوجه عام، وتيسر له الاستجابة لمستجدات حياة الناس. ففكرة الجمود أو الثبات الدائم لم تعد مقبولة لا في ظل القوانين التي تحكم الحياة البشرية ولا حتى في ظل القوانين التي تحكم العوالم الأخرى. وكلما كان القانون مرناً متطوراً كلما ساعد علي مجابهة مشكلات الحياة ووضع الحلول المناسبة لها دون أن يقف عاجزاً مقدساً لألفاظ وردت في قاعدة من قواعد أو أحكام استقر عليها[١].

وهي نسبية تختلف من مجتمع إلي آخر وفي المجتمع الواحد من زمان إلي آخر بما ييسر من أمر وضع القواعد القانونية بحيث يجعلها صالحة للتطبيق في المجتمع الذي تنشأ فيه. فما لا يعتبر من القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في جماعة قد يعتبر من هذه القواعد في جماعة أخرى أو في الجماعة نفسها ولكن في زمن آخر. ويمكن القول حتى نصل إلي تحديد جزئي لفكرة النظام العام أنه إذا ساد المذهب

---

(١) وجاء الفقه الإسلامي رائداً في هذا المجال بما يمتاز به من مرونة جعلته صالحاً لأن يطبق في عهد النبي (ص) ومن جاء بعده من الخلفاء الراشدين والتابعين وتابعيهم كما أنه صالح للتطبيق في أي زمان يجد الناس فيه الرغبة في تطبيقه،ويعملون علي ذلك وما أدل علي مرونته مما يسمي بجرائم التعازير التي ترك الشارع فيها أمر تقدير عقوبتها لولي الأمر يقدرها حسبما يتلاءم مع ظروف كل عصر وملابسات كل واقعة. وأيضاً أخذ الفقه الإسلامي بالقياس كمصدر للأحكام حتى يمكن قياس مستجدات الوقائع علي تلك التي ورد بشأنها نص يحكمها مادامت توافرت شروط القياس.

الفردي الذي ينظر إلي الفرد قبل الجماعة، ويفضل مصالحه علي مصالحها، ويقدس مبدأ الحرية الفردية، ويترك للأفراد حرية واسعة في تنظيم روابطهم الخاصة، أي يقوم نظامه القانوني علي مبدأ سلطان الإرادة. نتج عن ذلك انحسار دور فكرة النظام العام وقلت بذلك القيود الواردة علي إرادات الأفراد. ومما يرتبط بذلك تنظيم المشرع لمعظم الروابط أو العلاقات بقواعد مكملة يسمح الأفراد بالاتفاق علي عكسها.

بعكس الأمر إذا ساد المذهب الاشتراكي الذي ينظر للمجموع لا للفرد، ويضع من القيود الكثير علي حرية الأخير في إدارة وتسيير أموره وبذلك تجئ معظم قواعد القانون بصيغة آمرة ليس في إمكان الأفراد علي ما يخالفها.

ويلاحظ أنه نظراً لمرونة فكرة النظام العام لم يعن المشرع بتحديدها – وحسناً فعل – بل ترك ذلك للقاضي يستهدي – وهو بسبيله إلي التعريف – بما يراه في مجتمعه من المصالح الأساسية التي تمس كيان الدولة وترتبط بالمجموع. ولذلك فإن القضاء يتأثر بالتيارات الخلقية أو السياسية أو الاقتصادية التي تسود بلده في كل عصر وزمان.

الآداب العامة :

الآداب هي مجموعة القواعد والأسس الخلقية اللازمة لكيان الجماعة

ولبقاء المجتمع سليما من الانحلال[١] وتعد الآداب العامة جزءا من الحياة الاجتماعية للأفراد وتؤثر في سلوكهم بشكل يزيد أو ينقص وفقاً لمدي احترام كل فرد لها. ولذلك فإن الآداب العامة هي – كالنظام العام – فكرة غير منضبطة يعز علي الإنسان تحديدها.

ولذلك فأمر تقديرها متروك للقاضي الذي يستهدي بما تواضع عليه مجتمعه من قواعد أخلاقية. كما أنها فكرة نسبية تختلف باختلاف المكان والزمان فما يعتبره الغربُ آداباً عامة يختلف في حجمه عما يعتبره الشرق، بل إن مقدار هذه الآداب قد تغير في كلا المجتمعين مع مرور الزمن. فما يعتبره بلد غربي مثلاً غير مخالف للآداب العامة قد يعتبره بلد شرقي كذلك[٢]. والدليل علي تغير فكرة الآداب العامة بمرور الزمن عقد التأمين علي الحياة فقد كان ينظر إليه في بداية ظهوره علي أنه من العقود المخالفة للآداب علي أساس أن حياة الإنسان لا يجوز أن تكون موضوعا للتعامل، ولا يجوز اتخاذ وفاة إنسان كمصدر للاغتناء.

ولكن ما لبث معظم التشريعات أن تغيرت نظرتها إلي التأمين علي الحياة وأصبح مسلماً به فيها بعد وضع قواعد له تكفل عدم خروجه علي

---

(١) د/ حسن كيرة : المرجع السابق، ص٥١.

(٢) فنوادي العراة تعد مباحة في كثير من بلاد أوربا وفي الولايات المتحدة الأمريكية ولكنها محظورة بل محرمة في بلاد أخرى كالبلاد العربية. أيضاً علاقة المعاشرة الجنسية التي تنشأ بين شخص وعشيقته فقد تعترف بها بعض البلاد كفرنسا مثلاً، في حين أنها محرمة في البلاد العربية لتنافيها مع الآداب العامة التي تستمد من الشريعة الإسلامية.

الآداب[١]. وقد وضع المشرع العديد من القواعد القانونية التي تحرم عددا من الممارسات أو الأفعال التي يعدها مخالفة للآداب العامة. ومن أمثلة ذلك إبطاله الاتفاقات الخاصة بإدارة أو استغلال البيوت المعدة للدعارة، كذلك إبطاله للاتفاقات الخاصة بالمقامرة أو الرهان.

وفي النهاية فقد جعل القانون احترام النظام العام والآداب قيداً علي سلطان الإرادة في إبرام العقود إذ وضع مبدأ عاماً في المادة (١٣٥، ١٣٦ مدني) يقضي ببطلان أي عقد يكون محله أو سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب.

---

[١] نجد الأمر نفسه بالنسبة لأنواع أخرى من العقود كان ينظر إليها في البداية علي أنها مخالفة للآداب العامة من ذلك مثلاً عقد الوساطة في الزواج فقد كان ينظر إليه علي أنه عمل غير أخلاقي علي اعتبار أن الخاطبة تغفل عيوب كل طرف لتقرب بينهما وتتقاضي أجرها إلا أنه أصبح ينظر إليه علي انه ضروري للتقريب بين راغبي الزواج، من ذلك أيضاً لعقد الذي يعقده مقرئ القرآن الكريم لتلاوته سواء أكان شخصاً أم شركة فقد كان ينظر إليه علي أنه اتجار بكلام الله تبارك وتعالي إلا أنه بات ينظر إليه عل أنه سبل من سبل الأرزاق الشريفة.

الصفحة غير موجوده من الاصل

الصفحة غير موجوده من الاصل

المبحث الثاني

جزاء مخالفة ركن من أركان العقد أو شروطه

(البطلان)

لا يمكن الحديث عن جزاء في الحالات التي لا تعبر فيها الإرادة عن نفسها ولا يمكن استنتاج هذا التعبير إذ لا يوجد – هنا – إرادة ولا يوجد – بالتالي – تصرف قانوني يمكنه ترتيب الآثار المحددة له. ولهذا، فلكي يمكن الحديث عن جزاء (بطلان) لا بد وأن يتوافر أولاً التصرف القانوني، وأن تجتمع له كل الشروط التي حددها القانون لصحته ومشروعيته، ومن هنا يتضح أنه لا يكفي وجود إرادة نعبر عنها وإنما لا بد وأن تكون هذه الإرادة سليمة وجادة وباتة وأن تهدف إلي التعاقد علي محل توافرت له أيضاً شروطه، وبهدف تحقيق سبب موجود ومشروع وحقيقي كما سبق البيان، فإن تخلف شرط في أي ركن مما سبق أمكن الحديث عن جزاء لهذا التخلف، ويختلف الجزاء من حيث نوعه طبقاً للمخالفة الموجودة أو للشرط المتخلف.

ولهذا، فإن البطلان يعرف بأنه جزاء تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، ويؤدي إلي انعدام الآثار التي يرتبها القانون علي وجود العقد سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أو بالنسبة إلي الغير. ويتميز البطلان عموماً بارتباطه بمرحلة تكوين العقد أو بالمرحلة السابقة

علي ذلك في بعض الحالات، حتى ولو اكتشف سبب وجوده في وقت لاحق علي إبرام العقد، فالعبرة هي بالركن المتخلف أو الشرط المدعي عدم وجوده، فإذا تعلق الادعاء بذلك، ثار – في الوقت نفسه –الحديث عن البطلان بنوعيه، أما إذا لم تتعلق الشكوى بمرحلة الإبرام، وإنما ارتبطت بمرحلة لاحقة كالتنفيذ أو إنهاء العقد، فإن الجزاء يكون نوعاً آخر غير البطلان إذ يمكن الحديث هنا عن الفسخ أو عدم النفاذ.

"وقد نظمت البطلان كجزاء لتخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته المواد من (١٣٨ إلي ١٤٤) من التقنين المدني، وبالإطلاع علي هذه المواد يتضح أنها عالجت موضوعات أربع: ١- من له حق التمسك بالبطلان، ٢- كيفية تقريره، ٣- سقوط الحق في التمسك به، ٤- أثر البطلان.

وقبل تناول هذه الموضوعات يستحسن الإشارة إلي نوعي البطلان وفقاً للرأي الغالب في الفقه، حيث ينقسم البطلان إلي نوعين :-

أولهما : البطلان المطلق وهو ما يتوافر في الحالات التي يتغيب فيها ركن من أركان العقد كأن ينعدم الرضا لفقدان الأهلية أو لتوافر عارض من العوارض التي تعدم الأهلية وهما الجنون والعته، كما يوجد البطلان المطلق إذا تغيب شرط من شروط المحل أو السبب. وإذا اشترط القانون شكلاً معيناً كركن في العقد، فإن عدم احترام هذا الشكل يؤدي إلي البطلان المطلق الذي يعد جزاء عدم المشروعية.

ثانيهما : البطلان النسبي وهو جزاء تخلف شرط من شروط صحة العقد، فإذا شاب رضاء أحد المتعاقدين عيب من العيوب التي سبق دراستها، وإذا أبرم أحد المتعاقدين العقد وهو ناقص الأهلية بسبب سنه أو لوجود عارض كالسفه والغفلة.

فالبطلان النسبي لا يتعلق بركن من أركان العقد وإنما يرتبط بتخلف شرط من شروط الصحة وبخاصة تلك المتعلقة بالرضا وشروطه. وتشير نصوص التقنين إلي البطلان المطلق بلفظ "باطل" وإلي البطلان النسبي بعبارة "قابل للإبطال".

المطلب الأول

من له حق التمسك بالبطلان

يختلف الشخص الذي يكون له حق التمسك بالبطلان في العقد الباطل عنه في العقد القابل للإبطال، فقد نصت المادة (١/١٤١ مدني) علـــي أن "إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

فالعقد الباطل يتعلق الأمر بالنسبة له بالنظـــام العـــام أو المصـــلحة العامة، وبهذا يجوز لكل ذي مصلحة في بطلانه التمسك بـــه، وصـــاحب المصلحة في ذلك هو أحد طرفي العقد، أو دائن أحدهما أو أحد خلف كل منهما الخاص والعام، بل أن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفســـها دون أن يطلب أحد منها ذلك، ففي عقد البيع، يجوز للبائع أن يتمسك بـــبطلان عقد البيع واسترداد الشيء المبيع، كما أن للمشتري الحق نفسه ليســـترد الثمن، كما أن لدائن كل منهما التمسك ببطلان عقد البيع، كما يملك ذلـــك الخلف الخاص والعام لكل من البائع والمشتري. لأن لكل واحد مما سبق مصلحة في إبطال عقد البيع، فالدائن يضمن - بالبطلان - عدم خـــروج الشيء المبيع من ذمة البائع بما يزيد من قوة الضمان الذي يتمتـــع بـــه، وكذلك الحال بالنسبة لدائن المشتري، إذ عن طريق البطلان سيعود مـــا نقص من الذمة المالية للمشتري إليها ألا وهو الثمن. والأمر نفسه بالنسبة لخلف كل منهما.

المهم فيمن يتمسك بالبطلان أن يكون له مصلحة في حصول البطلان – والذي يقدر وجود هذه المصلحة أو انعدامها هو قاضي الموضوع وفقاً للظروف المحيطة بالتعاقد. وإذا كان لمحكمة الموضوع القضاء بالبطلان من تلقاء نفسها، فذلك لأن العقد الباطل هو منعدم وغير منتج لأي أثر من آثاره القانونية.

أما بالنسبة للبطلان النسبي : فقد نصت المادة (١٣٨ مدني) علي أن "إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق". وفقاً لذلك، لا يجوز التمسك بالإبطال إلا من الشخص الذي تقرر لمصلحته هذا الحق. فالقابلية للإبطال حق قرره القانون لشخص واحد أو لأحد المتعاقدين دون الآخر، ولهذا فلا يجوز للمتعاقد الذي لم يعطه المشرع هذا الحق أن يتمسك بالإبطال.

كما لا يجوز – من باب أولي – لأي شخص آخر من الغير أن يتمسك بذلك حتى ولو كانت له مصلحة في الوصول إلي إبطال العقد. ويبرر ذلك، فإن البطلان النسبي مقرر لمصلحة خاصة وليس يتعلق بالمصلحة العامة، وإذا لم يتمسك بالإبطال المتعاقد الذي تقرر له، لا يحق للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها – حتى ولو اكتشفت سببه – فبيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري فقط وفقاً لما قررته المادة (٤٤٦ مدني) بقولها "١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك، ولو

وقع البيع علي عقار سجل العقد أو لم يسجل". ولذلك، لا يجوز للبائع ولا للمالك الحقيقي التمسك بالإبطال، فالعقد بالنسبة للأول صحيح، وبالنسبة للثاني غير نافذ. وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد - أن "بيع ملك الغير هو تصرف قابل للإبطال لمصلحة المشتري، أما بالنسبة للمالك الحقيقي، فهذا التصرف غير نافذ في حقه إن لم يقره، المادتان (٤٦٦، ٤٦٧ مدني)"[١].

وأيضاً، كل من عيبت إرادته بأي عيب من العيوب السابقة إبان إبرام العقد، يحق له وحده التمسك بإبطال العقد دون أن يوجد الحق في ذلك للمتعاقد الآخر ولا لدائن أي منهما ولا لخلفهما الخاص والعام.

---

[١] نقض مدني في ٢٠٠٢/٢/١٢، طعن رقم ٦٤٤٧ لسنة ٦٤ق.

المطلب الثاني

كيفية تقرير البطلان

ويتعلق الأمر هنا بالإجابة عن السؤال الآتي : هل يلزم اللجوء إلـى القضاء لاستصدار حكم بالبطلان في الحالات كلها ؟ ولعل السبب في هذا التساؤل يرجع إلي ما سبق تقريره من أن البطلان المطلق يعد العقد معه منعدماً ولا أثر له، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وهـذا ما دفع البعض إلي القول بأنه مادام الأمر كذلك، فإن البطلان المطلق يقع بحكم القانون ولا داعي لرفع دعوى لتقريره، إذ لا يحتاج إلي استصـدار حكم من القضاء به، فمثلاً إذا كان عقد البيع باطلاً بطلاناً مطلقـاً، فـإن للبائع أن يتصرف في الشيء مرة أخرى ويتجاهل العقد الباطل، وكـذلك للغير التعامل علي هذا الشيء علي أنه مازال مملوكاً للبائع. ولكن الفقـه في أغلبه لم يسلم بذلك واستلزم صدور حكم من القضاء بـالبطلان فـي الحالات جميعها، مع اختلاف دور القاضي في النوعين، إذ يقتصر علـي مجرد الإقرار بالبطلان المطلق دون أن تكون له سلطة تقديرية في ذلك، بينما يتعدي دوره إلي البحث فيما مدي توافر البطلان النسبي من عدمه، ولهذا، فإن الفقه في أغلبه يرفض فكرة البطلان بقوة القانون[١].

والحاجة إلي تقرير البطلان المطلق، تنبع من الضرورة العملية بينما

---

[١] جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٢٦١.

الحاجة في البطلان النسبي هي حاجة قانونية، كما أن سلطة القاضـــي – كما سبق – تختلف حيال النوعين، ففي المطلق يقتصر دوره علي مجرد إثبات وجوده، بينما في النسبي فإن حكمه ينشئ البطلان ويوجده. وتتضح الحاجة العملية إلي استصدار حكم بالبطلان المطلق في الحـــالات التـــي يكون فيها العقد قد نفذ من جانب المتعاقدين، فإذا كان البـــائع قـــد ســـلم الشيء المبيع إلي المشتري وكان العقد باطلاً مطلقاً، فإن البائع لا يمكنـــه استرداد الشيء المبيع إلا عن طريق حكم من القضاء.

ونشير إلي أن العقد يزول – في نوعي البطلان – من تاريخ إبرامه وليس من يوم صدور الحكم.

المطلب الثالث

سقوط الحق في التمسك بالبطلان

"يسقط الحق في التمسك بالبطلان المطلق بسبب وحيد هو التقادم فقط، بينما يسقط الحق في إبطال العقد القابل لذلك. بأحد أمرين، إما الإجازة أو التقادم. فالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً لا يمكن تصحيحه بالإجازة من قبل أحد ممن كان يجوز له التمسك به، وذلك وفقاً للمادة (١/١٤١) بقولها "إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ولا يزول البطلان بالإجازة". فالعبارة الأخيرة من المادة تدل دلالة قاطعة علي عدم جواز إجازة العقد الباطل من قبل أي شخص حتى ولو كان أحد المتعاقدين، فالعقد الباطل لا يمكن أن ينقلب صحيحاً بإجازته لأنه منعدم ولا أثر يترتب عليه، فالعدم لا يتحول إلي وجود، ولا يكون أمام المتعاقدين إلا إبرام عقد جديد، مع تلافي السبب الذي أدي إلي بطلان العقد الأول. فهنا يعود المتعاقدان إلي الوضع الجديد بإرادتيهما معاً.

والوضع يختلف في العقد القابل للإبطال، الذي نصت المادة (١٣٩) – بشأنه – علي أن "١- يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، ٢- وتستند الإجازة إلي التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير". فالبطلان النسبي يزول بإجازة العقد من جانب من تقرر البطلان لمصلحته، سواء أكانت إجازته له بشكل صريح، كأن يقر العقد

صراحة بالقول أو الفعل أو الإشارة، أم بطريقة ضمنية، كأن يتصرف المشتري في الشيء المبيع مرة أخرى إلي مشتر آخر علي الرغم من توافر سبب الإبطال. فالتصرف الثاني يعد إجازة ضمنية لعقد البيع الأول الذي كان قابلاً للإبطال. وللمشتري أن يجيز بيع ملك الغير.

ونشير إلي أن إجازة العقد تكون بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد وليس من وقت الإجازة، بمعني أن العقد ينقلب صحيحاً من تاريخ إبرامه، بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير التي ترتبت في الفترة السابقة علي الإجازة، مادام الغير الذي اكتسب حقاً علي الشيء محل العقد القابل للابطال كان حسن النية، بمعني أنه لا يعلم بوجود السبب الذي يمكن أن يؤدي إلي الإبطال. فإذا كان البائع قد رهن الشيء المبيع أو باعه إلي آخر، قبل أن يجيز المشتري العقد، فإن الرهن أو البيع يظل قائماً ولا يتأثر بالإجازة.

والإجازة تصرف قانوني من جانب واحد وهو المتعاقد الذي تقرر لمصلحته البطلان، ولهذا يشترط فيها ما يشترط لصحة أي تصرف قانوني من حيث الأهلية وسلامة الإرادة. فلا يجوز للقاصر أن يجيز عقد البيع الذي أبرمه وهو كذلك إلا بعد بلوغه سن الرشد وفي خلال السنوات الثلاث التالية للبلوغ، فإذا أجاز القاصر العقد فإن صحته تتأكد وبقاءه يتحقق بزوال سبب تهديده بالإبطال، مع عدم الإضرار بحقوق الغير التي ترتبت في الفترة السابقة علي الإجازة، فإذا كان القاصر قد رهن الشيء الذي

باعه ثم أجاز العقد، فإن الرهن يظل قائماً ويحتج به في مواجهة البائع.

أما عن سقوط الحق في التمسك بالبطلان عن طريق التقادم، فإن النوعين يشتركان فيه، إذ تسقط إمكانية بطلان العقد بمرور الزمن سواء أتعلق الأمر بالبطلان المطلق أم النسبي، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤١) علي أن "وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت التعاقد" وواضح تعلق هذا النص بالبطلان المطلق - فالحق في رفع دعوى لإقراره تسقط بمضي خمس عشرة سنة، مع ملاحظة أن تحديد هذه المدة أمر يعود إلي الرغبة في التنظيم القانوني واستقرار الأوضاع والمعاملات وإلا فإن العقد الباطل يكون منعدماً ويظل هكذا دوماً ولا ينقلب صحيحاً بمرور الزمن، فمضي خمس عشرة سنة لا يعني أن العقد الذي كان باطلاً قبلها قد أصبح سليماً وصحيحاً بعدها، وإنما يبقي العقد الباطل باطلاً إلي الأبد كل ما في الأمر أن الحق في رفع دعوى لإقرار البطلان هو الذي يسقط بمضي هذه المدة، رغبة في احترام المراكز القانونية أو الأوضاع المادية التي ترتبت وتكونت في ظل هذه الفترة الطويلة، وهنا يجب أن نضحي بالاعتبارات القانونية التي تقضي بأن العقد الباطل يجب توافر إمكانية إقرار بطلانه إلي الأبد في سبيل الحفاظ علي الأوضاع التي ترتبت علي هذا العقد الباطل وبخاصة إذا مرت المدة الطويلة - والتقادم المقرر للبطلان المطلق هو التقادم المسقط وليس المكسب، وإذا أراد أحد المتعاقدين تنفيذ الالتزامات الناشئة

عن العقد الباطل، فيكون من حق المتعاقد الآخر دفع هذا التنفيذ بالبطلان، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم مهما مضي عليه من زمن.

وإذا كانت دعوى البطلان المطلق يسقط الحق في رفعها بمضي خمس عشرة سنة فإن لدعوي البطلان النسبي ثلاث مدد تسقط بمرورها، **المدة الأولي** وهي ثلاث سنوات، وقد نصت عليها المادة (١/١٤٠ مدني) بقولها "١- يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ٢- ويبدأ سريان هذه المدة، في حالة نقص الأهلية، من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس، من اليوم الذي ينكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من تمام العقد".

فالعقد القابل للإبطال تسقط الدعوى في التمسك بإبطاله من جانب من تقرر لمصلحته، بمضي ثلاث سنوات، بعد هذه المدة لا يجوز التمسك بإبطال العقد لا عن طريق الدعوى ولا من خلال الدفع، إذ يستقر العقد نهائياً بعد مرور هذه المدة وتتأكد صحته ولا يزول التهديد بزواله من جانب من له الحق في ذلك، والأصل أن يبدأ سريان هذه المدة من وقت إبرام العقد. وقد نصت الفقرة الثانية علي عدة استثناءات يتعلق **الأول** بالبطلان النسبي الناشئ عن وجود نقص الأهلية، إذ يبدأ احتساب المدة من اليوم الذي يزول فيه نقص الأهلية، أي ببلوغ القاصر سن الرشد.

وعلي ذلك، إذا باع القاصر شيئاً مملوكاً له، فإن لمن ينوب عنه قانوناً الحق في التمسك بالإبطال في خلال ثلاث سنوات من تاريخ إبرام العقد، وللقاصر نفسه هذا الحق في خلال ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الأول الذي يبلغ فيه سن الرشد.

والاستثناء الثاني، ويتعلق بالقابلية للإبطال لوجود غلط أو تدليس، فلا يبدأ احتساب مدة الثلاث سنوات من تاريخ إبرام العقد، وإنما يبدأ سريانها من يوم اكتشاف الغلط أو التدليس، مهما مر من زمن بين إبرام العقد واكتشاف العيب؛ فدعوى إبطال العقد لا تسقط إلا بمضي ثلاث سنوات من تاريخ اكتشاف العيب.

ويتعلق **الاستثناء الثالث** بالعقد القابل للابطال لعيب الإكراه، إذ تبدأ مدة الثلاث سنوات من تاريخ انقطاع الإكراه وليس من وقت ابرام العقد، وذلك أمر منطقي إذ لا يملك المكره رفع الدعوى إلا من الوقت الذي يزول فيه سبب الإكراه ومن هذا الوقت؛ يجب بدء احتساب المدة إذ يملك إرادته وقدرته علي رفع الدعوى أما قبل ذلك فلا إرادة حرة له، وليس من العدل أن نقرر سريان مدة البطلان من تاريخ العقد، وإنما من العدل أن تبدأ المدة من الوقت الذي ينقطع فيه الإكراه بزوال سببه.

المدة الثانية التي تسقط بها دعوى البطلان النسبي؛ تتعلق بالعقد القابل للإبطال لعيب الاستغلال؛ فإذا توافرت شروط هذا العيب – كما سبق بيانها – فإن من حق المتعاقد المغبون رفع دعوى الإبطال في خلال

سنة من تاريخ العقد، وهي فترة قصيرة أراد بها المشرع الإسراع إلي استقرار المراكز القانونية للمتعاقدين وللغير المرتبط بهذا العقد. فأراد القضاء علي بقاء العقد مهدداً بالزوال لفترة طويلة، وألزم المتعاقد المغبون برفع الدعوى في خلال سنة من تاريخ العقد، وخاصة أن الاستغلال يقاس بمعيار موضوعي ويسهل تبينه بمجرد العقد.

أما **المدة الثالثة** التي تسقط بها دعوى البطلان النسبي فهي مرور خمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ إبرام العقد في كل الأحوال التي لا ينكشف فيها العيب المؤدي إلي الإبطال وذلك وفقاً لعجز الفقرة الثانية من المادة (١٤٠ مدني) التي جاء نصها كالتالي "... وفي كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو لتدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد". فسكوت صاحب الحق في التمسك بالإبطال عن رفع الدعوى به هذه المدة الطويلة (١٥ سنة) من تاريخ إبرام العقد، يفسر علي أنه إجازة ضمنية للعقد ولا يقبل منه بعد مضي هذه المدة رفع الدعوى بالإبطال، سواء في ذلك أكان قد كشف العيب أم لم يكتشفه، وإن كانت مدة الخمس عشرة سنة قد قررها المشرع لمواجهة الحالات التي لم يكتشف فيها العيب.

وأياً كانت المدة التي يتقرر بعد مرورها سقوط الحق في التمسك بالإبطال، فإن هذه المدة تؤدي إلي وجود افتراض إجازة للعقد من جانب من تقرر لمصلحته وهو افتراض بقرينة لا تقبل إثبات عكسها[١].

---

[١] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٢٧٤ هامش (١).

المطلب الرابع

آثار البطلان

يرتب البطلان آثاراً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير .

الفرع الأول

آثار البطلان بالنسبة للمتعاقدين

نصت المادة (١٤٢ مدني) علي أن "١- في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلي الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. ٢- ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد".

فالأصل العام، أن المتعاقدين يعودان إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، بمعني أن العقد يعد كأن لم يكن، وبذلك يتحلل كل متعاقد من التزاماته تجاه الآخر ولا يملك - بالتالي - أن يطالبه بحقوقه التي رتبها له العقد. وإذا كانت هناك التزامات قد وفاها أحد المتعاقدين إلي الآخر، فإن هذا الأخير يلتزم بردها. فإذا تعلق الأمر بعقد بيع، فإن بطلانه يؤدي إلي عودة كل من البائع والمشتري إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرام

العقد، وإذا كان أحدهما قد استوفي من الآخر حقاً ناتجاً عن العقد، فإنه يلزم برده إليه. أما إذا تسلم المشتري الشيء المبيع وإذا كان البائع قد تلقي الثمن؛ فإن كلاً منهما يلزم برد ما تلقاه إلي الآخر.

وينطبق هذا الأصل العام علي الحالات التي يكون فيها الرد ممكناً ومقبولاً، أما في الحالات التي يستحيل فيها ذلك، ويصعب – بالتالي – إعادة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد؛ فإن التعويض يحل محل الحق الذي استحال علي المتعاقد رد الشيء أو إعادته إلي المتعاقد الآخر. فإذا هلك الشيء المبيع تحت يد المشتري التزم بتعويض البائع بما يعادل قيمة هذا الشيء، والأمر نفسه في عقود الإيجار، فإنه من المستحيل علي المستأجر رد المنفعة التي حصل عليها طيلة المدة التي ظل فيها العقد صحيحاً، فإنه يلتزم بتعويض المستأجر عن هذه المنفعة، ويقدر هذا التعويض – غالباً – بمقدار الأجرة التي كانت مستحقة للمؤجر. ونكون – في الحالة هذه – أمام تعويض لا أجرة مستحقة ولذلك لا يتمتع بالامتيازات التي قررها المشرع للأجرة كالامتياز أو الحجز.

وإذا كان ما سبق هو الأصل العام؛ فإن هناك **استثناء** يرد عليه ويتعلق بكون سبب إبطال العقد هو نقض أهلية أحد المتعاقدين، فإذا تمسك ناقص الأهلية – أياً كان سبب نقصان الأهلية، أي سواء كان ذلك بسبب السن أم نتيجة عارض من العوارض التي تنقص الأهلية – فإذا أدي تمسكه هذا إلي بطلان العقد؛ فإن ناقص الأهلية، لا يلزم بأن يرد إلي

المتعاقد الآخر إلا ما يعادلُ ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد في الفترة السابقة علي البطلان، هذا علي فرض أن المتعاقدين قد بدءا في تنفيذ العقد، أما إذا لم يكن هناك بدء في التنفيذ فلا مجال لهذا الاستثناء ويعاد الطرفان إلي الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، أما إذا كان العقد قد بدأ تنفيذه، فإن المتعاقد الآخر يلزم برد ما تلقاه من ناقص الأهلية، في حين لا يلزم الأخير إلا برد مقدار المنفعة التي عادت عليه بسبب التنفيذ، وذلك تطبيقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، ووفقاً للمادة (١٨٦ مدني) التي نصت علي أن "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذي أثري به" فعلي قدر الإثراء الذي تحقق لناقص الأهلية، يتحدد المقدار الذي يلتزم برده بصرف النظر عن المقدار الذي نفذه المتعاقد الآخر، فإذا تعلق الأمر بعقد بيع وكان ناقص الأهلية هو البائع؛ فإنه لا يلتزم برد الثمن الذي تلقاه من المشتري؛ وإنما يلزم بالرد في حدود المنفعة التي عادت عليه من وراء قبض الثمن.

وذلك حماية لناقص الأهلية؛ ولكن يشترط لانطباق هذا الاستثناء أن يكون بطلان العقد يعود إلي نقص الأهلية لا إلي أي سبب آخر، فإذا باع ناقص الأهلية عقاراً مملوكاً له، وكان واقعاً في غلط أو تدليس وتمسك بالإبطال لهذا السبب، فلا مجال لإعمال الاستثناء وإنما تنطبق القاعدة العامة، أما إذا كان طلب الإبطال يرجع إلي نقص الأهلية، فإن ناقص الأهلية لا يلزم إلا

برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

ونشير إلي أنه إذا كانت الفقرة الثانية من المادة (١٤٢ مدني) تنص علي أنه إذا أبطل العقد لنقص أهلية المتعاقد؛ فإن الفقه يوسع من تطبيق هذه الفقرة بحيث تشمل حالات انعدام الأهلية وذلك بالقياس علي حالات نقص الأهلية وتطبيقاً – في الوقت نفسه – للمادة (١٨٦ مدني) التي جاء نصها عاماً وتتعلق بالحالات التي لا تتوافر فيها الأهلية ويستوي في ذلك حالات نقصها مع انعدامها.

الفرع الثاني

استثناءات علي مبدأ زوال العقد بالبطلان

عرضنا فيما سبق للقاعدة العامة التي تقضي بعودة المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عند تقرير بطلان العقد، وبزوال كل أثر للعقد، ونشير إلي بعض الاستثناءات التي ترد علي هذه القاعدة العامة ومؤداها عدم زوال العقد كلية، بمعني وجود بعض الآثار التي تترتب علي العقد – علي الرغم من بطلانه – وتسري علي المتعاقدين وقد حددت ذلك المادتان (١٤٣، ١٤٤ مدني).

الغصن الأول

انتقاص العقد

نصت المادة (١٤٣ مدني) علي أن "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير هذا الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله" فانتقاص العقد يعني أن يكون العقد معيباً في شق منه بأن كان باطلا أو قابلاً لذلك، ويكون صحيحاً في شقه الآخر، فإن الشق المعيب فقط هو الذي يبطل بينما يظل الشق الصحيح قائماً ومنتجاً لآثاره. ويري بعض الفقه أن الانتقاص يكشف عن وجود تصرفين مستقلين أو تعدد في التصرفات القانونية التي تحتوي عليها عملية قانونية واحدة، إذ يوجد تصرف قانوني صحيح مستقل عن تصرف آخر باطل بجانبه وعلي ذلك، فإن المادة (١٤٣ مدني) لا تتناول إنقاصاً بالمعني الصحيح، بمعني استنزال جزء من التزامات أحد الأطراف أو جميعهم رغم أنها وحدة تكون موضوع تصرف قانوني واحد[١].

بينما يري بعض آخر أن الإنقاص ليس أثراً من آثار البطلان، وإنما هو يدخل تحت نطاقه[٢] غير أن جمهور الفقه علي أن الإنقاص أثر

---

[١] د/ جميل الشرقاوي : نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري – القاهرة ١٩٥٦، ص٩٣.

[٢] د/ جلال العدوي : أصول المعاملات – الإسكندرية ١٩٦٧، ص٢٣١.

عرضي للبطلان.

فإذا اقترن العقد بشرط غير مشروع، فإن العقد يصح مع بطلان الشرط، وإذا أبرم عقد قرض بفائدة تزيد عن الحد الأقصى الجائز الاتفاق عليه، فإن العقد يظل صحيحاً مع بطلان المجاوزة ، بمعنى أن العقد يصح في حدود الحد الأقصى للفائدة. وفقاً للمادة (٢٢٧ مدني). وأيضاً نصت المادة (٨٣٤) علي أنه إذا اتفق علي البقاء في الشيوع مدة تزيد علي خمس سنوات انقصت المدة إلي خمس سنوات، وأيضاً المادة (٨٤٦) التي تحدد حداً أقصي لقسمة المهايأة وهو خمس سنوات، فإن أي اتفاق علي مدة تزيد علي ذلك يبقي صحيحاً في حدود الحد الأقصى.

ولكن يشترط لإعمال الانتقاص وفقاً للمادة (١٤٣ مدني) :

١- أن يكون محل العقد قابلاً للتجزئة، إذ مع هذا الشرط يمكن تصور وجود جزئين في العقد أحدهما باطل والآخر صحيح بحيث يزول الأول ويبقي الأخير، أما إذا كان محل العقد لا يقبل التجزئة ويشكل وحدة واحدة غير قابلة للانقسام، فلا مجال هنا إلا للقول بالبطلان الكلي للعقد، فإذا أبرم عقد بيع علي أشياء عدة وكان المتعاقد قد وقع في غلط بشأن بعضها، فإن إبطال العقد يقتصر فقط علي الأشياء التي شاب الإرادة بشأنها عيب الغلط ويبقي صحيحاً بالنسبة للأشياء الأخرى... وإذا اقترن عقد التأمين بشروط تعسفية، فإن البطلان يشمل هذه الشروط فقط ويبقي العقد

صحيحا (المادة ٧٥٠ مدني).

٢-ألا يكون الجزء الباطل من العقد هو الباعث الدافع إلي التعاقد، فإذا أثبت المتعاقد الذي تقرر له الحق في التمسك بالبطلان، أنه لو كان يعلم أن هناك جزءاً في العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال لما كان قد تعاقد، بمعني أن يثبت أنه لولا الجزء الباطل لما أبرم العقد. فإذا وهب شخص لأخر شيئاً علي أن لا يتزوج أو لا ينجب، فإن الأصل هو أن يظل عقد الهبة صحيحاً ويبطل شرط عدم الزواج أو الإنجاب إلا إذا أثبت الواهب أنه لم يهب الموهوب له إلا بغرض تنفيذ الشرط، أي أن هذا الشرط هو الباعث الدافع إلي إبرام عقد الهبة، وهذا ما يعبر عنه بأن لا يناقض الإنقاص (البطلان الجزئي) مقتضي إرادة المتعاقدين، ولذلك، فإذا كان الجزء الباطل جوهرياً في العقد، ولولاه لما أبرم، فإن العقد يبطل كله في هذه الحالة.

ومن الأمثلة القانونية لفكرة انتقاص العقد، تلك النصوص المتعلقة بالشرط المانع من التصرف.

إنقاص شرط المنع من التصرف :

المنع من التصرف قيد يرد علي حق الملكية، يحرم المالك من ممارسة سلطة من سلطاته، وهي التصرف في المال المملوك له خلال

فترة زمنية محددة[١] وإلي شرط المنع من التصرف أشارت المادة (٨٢٣) بفقراتها الثلاث مدني مصري بالقول"١- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً علي باعث مشروع، ومقصوراً علي مدة معقولة. ٢- ويكون الباعث مشروعاً، متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير. ٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"[٢]. وتؤسس هذه القيود القانونية الواردة علي شرط المنع من التصرف، علي أن حرية تداول الأموال وانتقالها، تعتبر مبدأ أساسياً في أي نظام قانوني. ولكن ما هو مصير العقد الذي يحتوي علي مخالفة للقيود القانونية ؟

لم تشر النصوص التي نظمت شرط المنع من التصرف إلي طبيعة هذا الجزاء، ولم تحدد مصير العقد الذي يحتوي علي مخالفة لتلك القيود.

---

[١] وقد اختلف الفقه والقضاء إزاء هذا القيد، فقد كان ينظر إلي شرط المنع من التصرف علي أنه شرط باطل دون تفرقة بين ما إذا كان المنع من التصرف مؤقتاً أم مؤبداً، ودون ما نظر إلي البواعث التي أدت إلي اشتراطه. وقد اجتهد الفقه في تبرير ذلك بالقول، أن إجازة هذا الشرط يتعارض مع النظام العام. غير أن الموقف في الفقه والقضاء قد تغير بصدد هذا المنع، فقد أصبح معترفاً بصحته وذلك نزولاً علي الاعتبارات العملية، بشرط أن يكون المنع من التصرف مؤقتاً ويهدف إلي تحقيق مصلحة مشروعة. انظر في ذلك :

د/ محمد شكري سرور : تنظيم حق الملكية – في القانون المصري – دار النهضة العربية ١٩٩٩، ص٢٩٢.

[٢] تقابلها المادة ١/٩٠٠ مدني فرنسي، والمادة ٨١٥ مدني كويتي.

ويبدو أن القضاء قد استقر علي الحكم ببطلان البند، إذا تخلف عنه واحد أو أكثر من هذه القيود[١]. ويعتبر هذا هو الحل الوحيد المناسب، عندما لا يؤدي شرط المنع من التصرف إلي تحقيق مصلحة جادة ومشروعة[٢]، ولكن تظل المشكلة قائمة وتتعلق بمعرفة أثر هذا البطلان علي مصير العقد ككل ؟.

وقد ذهب بعض الفقه إلي أنه عندما يتعلق عيب الشرط فقط بأبدية المنع من التصرف، أو - علي الأقل - بطابع المبالغة في هذا المنع، فإن إلغاء البند المتعلق بالشرط، يبدو بلا فائدة ويكون الحل الوحيد الذي يؤدي إلي إيجاد موقف يتناسب مع القانون، هو تصحيح المدة، بإنقاصها إلي الحد المعقول[٣] وقد تكون المدة المعقولة هي مدي حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير. وعندما يكون المنع من التصرف مدي حياة أي من هؤلاء فإن للقاضي أن يعتبر مدته معقولة أو غير معقولة تبعا

---

(١) ولا يفرق القضاء الفرنسي بين ما إذا كان الشرط قد ورد في عقد تبرعي أو عقد معاوضة فهو يفرض هذه القيود علي العقد المتضمن لشرط المنع من التصرف أيا كان تكييفه : انظر
Cass-Civ. 162-1953, D, 1953, p 282.

(٢) انظر الأحكام الآتية في الحكم ببطلان الشرط المتجاوز فيه من حيث مدته
Cass-Civ., 29-6-1933, DH, 1933, p. 477; cass civ. 16-2-1953, D, 1953, p282, Cou d'app. Bor Deaux 8-6-1959, Jcp, 1960, II, 11688 : cou-d'app. Paris 4-7-1961, D, 1962, p. 13.

ويلاحظ أن عبء إثبات انعدام المصلحة الجادة المشروعة من شرط المنع من التصرف، يقع علي عاتق المدين بهذا الشرط، وهو متلقي المال سواء أكان هبة أم عوضاً انظر :
Cass-Civ. 1ere 15-6-1994, D, 1995, Juris., p. 342, note, A. LEBORGNE.

(٣) د/ عبد المنعم فرج الصدة – حق الملكية – الطبعة الثانية – ١٩٦٤ ص١٦٩ رقم ١١٠.

للظروف. وإن كان بعض الفقه يري أن اعتبار هذه المدة مدة غير معقولة تبعاً للظروف.

بينما يتردد بعض الفقه في الاعتراف للقاضي بسلطة فرض هذا الحل، دون الرجوع إلي إرادة الطرفين[١]. ويلاحظ بعض آخر أن إنقاص المدة فيه احترام كبير لإرادة الطرفين من الحل التقليدي المأخوذ به وهو بطلان البند. من جانب آخر، يراعي أنه في الحالة التي يعتبر فيها المتصرف (الناقل للملكية) أن مدة عدم التصرف هي شرط باعث علي تعهده، فسيكون من غير المناسب السماح له بإثارة الطابع الدافع لهذا العنصر، من أجل المنازعة في التصرف الناقل للملكية. إذ أن مقتضيات فعالية الجزاء وتأثيره، والرغبة في تفضيل إعلان العيب والكشف عنه، تؤديان إلي عدم الاهتمام بالقصد العمدي للمتصرف، وإذا فضلنا، أن يتولي القاضي إنقاص المدة الأبدية إلي حد عادل ومعقول، فإن الأمر لا يخلو من صعوبات قد تواجهه عند تحديده للمدة العادلة، وبخاصة مع غياب الحد القانوني. مثلاً، عندما يدرج شرط المنع في عقد معاوضة (عقد كفالة) ، يقصد به تحقيق حماية لدائن المتصرف إليه، حتى لا ينقص أصول ذمته المالية، فهنا يحدد القاضي مدة المنع بالرجوع إلي تاريخ استحقاق الدين الذي يخدمه الضمان، فبدلاً من إبطال الشرط

---

[١] محمد لبيب شنب : موجز الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، ١٩٧٤ ص٢٦٣ هامش ٤٨.

المبالغ فيه، تنقص مدته إلي مدة تمتد حتى استحقاق الدين، أو إلي مدة أطول، آخذاً في الاعتبار "المهل الضرورية لممارسة حق الرجوع المحتمل ضد المدين المعاند.

ويلاحظ أن مشكلة الشرط المانع من التصرف تظهر بشكل أكبر في التصرفات التبرعية، مثل الهبة، وتعرض مسألة صحته بشكل أساسي ومستقل، عن أي تصرف يتم بالمخالفة لشرط المنع من التصرف، الذي يعتبره المشرع نفسه باطلاً في كثير من الحالات فقد نصت المادة (٨٢٤ مدني مصري) علي أن "إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً" وقريب من ذلك المادة (٨١٦ مدني كويتي) حيث نصت علي أن "١- إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا، وتصرف المشروط عليه بما يخالف الشرط، جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف ٢- ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط، إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحة الغير".

الغصن الثاني

تحول العقد

فقد نصت المادة (١٤٤ مدني) علي أن "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلي إبرام هذا العقد".

المقصود بتحول العقد، استبدال عقد جديد صحيح بعقد آخر باطل، إذا أمكن أن تستخلص من هذا الأخير الأركان اللازمة للأول، وطالما تبين أن المتعاقدين كان يريدان هذا العقد الجديد، لو علما ببطلان العقد الذي قصداه في الأصل. (المادة ٤٤ مدني مصري والمادة ١٩١ مدني كويتي). ففي الحالات التي تتطلب فيها صحة التصرفات القانونية وكمالها، ضرورة اجتماع عدد معين من العناصر التي تتغير تبعاً للتصرف موضع الاعتبار، فإن من السهل هنا تصور أن تخلف عنصر من هذه العناصر يمكن أن يؤدي إلي اختفاء الأثر القانوني الأصلي المراد من التصرف، وظهور أثر آخر يتناسب مع العناصر القائمة[١].

---

(١) TERRE, L'influence de la volonté. Individuelle sur les qualifications, L. g. D. J., 1956 No 224 et. S.

-Pied lièvre, Les effets produits par les actes NULS. Thèse, Paris 1911, p. 116 et s.

ويشترط لإعمال أحكام التحول أن يكون العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان، فإذا كان صحيحاً، فلا يملك القاضي بوجه من الوجوه أن يحل محله عقداً آخر قد يؤثره المتعاقدان لو فصل لهما أمره.

ويشترط كذلك أن تكون عناصر العقد الجديد الذي يقيمه القاضي قد توافرت جميعاً في العقد الأصيل الذي قام به سبب من أسباب البطلان، فلا يملك القاضي علي أي تقدير أن يلتمس إنشاء العقد الجديد خارج نطاق العقد الأصيل.

ويشترط أخيراً أن يقوم الدليل علي أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلي الارتباط بالعقد الجديد لو أنهما تبينا ما بالعقد الأصيل من أسباب البطلان[١]. ويوجد هذا في أمثلة عديدة من التصرفات منها، تحول الوصية إلي وصية بخط اليد لتخلف عنصر الإعلان أو الإشهار، وأيضا تحول الكمبيالة التي لم تستوف شروطها الشكلية إلي سند إذني، وتحول الوعد بجائزة إلي مجرد إيجاب بالتعاقد، وتحول عقد الوكالة الباطل إلي فضالة، كما يمكن أن يعتبر القرض الباطل بسبب عدم الإشارة إلي نسبة الفوائد – هذا في الحالات التي يبيح فيها القانون هذه الفوائد، مثل قانون التجارة الكويتي والقانون المدني المصري – اعترافا بالدين[٢].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢ ص٢٦٣-٢٦٤.

(٢) Cass-civ. 1ere, 24-6-1981, (3 arrets) D, 1982, p. 397 et note BOIZARD. obs in-R. T. D. civ. 1982, p. 429 par REMY.

يتضح مما تقدم من أمثلة أننا لا نأخذ في الاعتبار التصرف الأصلي المراد من الأطراف، وإنما ننظر إلي تصرف جديد، تقل آثاره عن الآثار التي كان من الممكن أن تنتج عن التصرف الأول إذا ظل صحيحاً، ولا يتم التحول أو الإنقاص إلا إذا تبين من نية الطرفين رضاهما بالعقد الجديد، لو أنه كان مطروحاً عليهم أثناء التعاقد، وألا يتضح أنهما لم يقصدا سوي التصرف الأصلي، وإلا كان البطلان هو الحل الوحيد.

ويختلف تحول العقد عن ظاهرة إعادة تكييفه، لأن شرطها ومفترضها الأول هو عدم انحلال التصرف الأصلي المراد من الأطراف، بل إن الهدف هو إعطاء فعالية قوية وتامة وحقيقية لهذا التصرف. ففي الحالات التي لا يوجد فيها تطابق بين المضمون العقدي، وبين التسمية الاتفاقية المعطاة للعقد، فإن علي القاضي أن يصنف هذه الرابطة العقدية، مع مراعاة أن تصنيفه هنا مفروض عن طريق غموض التصرف نفسه، وبالتالي لا يتضمن – من ناحية الموضوع – أي إنقاص أو تحول للإرادة العقدية.

ويلاحظ من هذا التحديد أن علي المحكمة أن تحرص وهي تقوم بعملية إعادة التكييف، علي الوصول إلي المراد الحقيقي للأطراف من الرابطة العقدية، وتكون النتيجة هي التسليم بالرقابة القانونية التي تمارسها المحكمة العليا علي محاكم الموضوع بهدف منعها من استغلال

التكييف للوصول إلي تفسير مشوه للإرادة العقدية(١). كما تراقب المحكمة ضرورة التزام القضاة بالغاية الرئيسية من تفسير الإرادة، وبالتالي من عملية التكييف، ألا وهي إخراج الرابطة العقدية من نظام قانوني يؤدي إلي عدم صحتها، وإدخالها في نمط قانوني آخر يمكن معه أن تظل باقية، وتلزم أطرافها بالوفاء بتعهداتهم.

وتجدر الإشارة إلي أن الاتجاه القضائي إلي إعادة تكييف الرابطة العقدية، لا يسير علي نمط واحد أو بشكل تلقائي، وإنما نجد المحكمة تطبقه في بعض الفروض بطريقة حيادية، وفي حالات أخرى، تجد التعمد واضحاً من المحاكم في الميل إلي إعادة التكييف بهدف منع تطبيق نصوص قانونية معينة علي الرابطة العقدية.

---

(١) Cass-Civ. 3eme 19-12-1983, Bull, III, No 267.

وقد ألغي هذا الحكم حكماً لمحكمة الاستئناف فسر بنود عقد إيجار تمويلي بشكل مشوه بهدف إنهاء هذا العقد.

الغصن الثالث

البطلان في المرحلة السابقة علي العقد

ثار خلاف كبير بين الفقه بمختلف مذاهبه ومشاربه حول طبيعة المسئولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لإبرام العقد، ولقد حظيت هذه المسئولية قبل التعاقدية باهتمام بالغ منذ التسعينات في فرنسا وبلجيكا وألمانيا وسويسرا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية ولم يفقد هذا الموضوع حيويته بعد، والدليل علي ذلك أعمال الندوة التي نظمتها منذ فترة زمنية قصيرة غرفة التجارة الدولية حول موضوع إبرام العقد والمسئولية قبل التعاقدية(١).

حيث ذهب الرأي الأول إلي أنها مسئولية عقدية، وقد كان أهرنج صاحب هذا الرأي بالتأسيس علي نظرية "الخطأ عند تكوين العقد". ويري أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي يؤدي إلي تطبيق أحكام المسئولية العقدية وقواعدها علي مرتكبه سواء أترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدي إلي بطلانه. ويري أهرنج أن الخطأ العقدي علي الرغم من بطلان العقد أو عدم انعقاده يرتب حقاً في المطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية. ويفترض أهرنج وجود عقد ضمان يقترن بكل محاولة

---

(١) انظر في ذلك : د/ أمية حسن علوان : في تقريره المقدم إلي مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة، من ٢-١ يناير ١٩٩٢، بعنوان : "ملاحظات حول المسئولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية".

لإبرام عقد بمقتضاه يتعهد كل طرف في هذه المحاولة بألا يأتي من جانبه ما يؤدي إلي إعاقة التعاقد أو بطلان العقد. ويستند عقد الضمان هنا إلي رضاء ضمني متبادل بين الطرفين المقدمين علي التعاقد[١] وبذلك، فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالاً من جانب المتسبب في ذلك لهذا العقد الضمني بالضمان[٢].

وقد انتهي قضاء المحكمة العليا في ألمانيا إلي تأسيس المسئولية في المرحلة السابقة علي التعاقد علي علاقة قانونية أساسها الثقة والأمانة المتبادلة. وتنشأ هذه العلاقة بالدخول في المفاوضات قبل التعاقدية وتلزم أطرافها بمراعاة واجب العناية والحرص في سلوك كل منهما تجاه الآخر، ولقد فرض القضاء الألماني علي الأطراف واجب التفاوض بحسن نية ومراعاة الدقة والإنصاف، ورتب مسئولية الطرف الذي يقطع المفاوضات بدون سبب معقول. كما ألزمت المحاكم الطرف الذي تسبب عمداً أو بإهمال في إيهام الطرف الآخر بأن العقد في سبيل إبرامه رغم

---

(١) انظر في عرض هذا الري : د/ نزيه المهدي : الالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدي، المرجع السابق، ص٣٠٢، د/ محمود جمال الدين ذكي : مشكلات المسئولية المدنية، ١٩٧٨، ص١١٨، رقم ٢٨.

(٢) وقد وجهت إلي هذه النظرية انتقادات عدة، أهمها، أنها تجعل الالتزام بالتعويض محل تعهد ثانوي يقترن بالتصرف الباطل ويبقي رغم بطلانه وبذلك فهي تفترض وجود تعهد بالصحة في جميع العقود، وهذا مما يتعذر قبوله بدون دليل وحتى ولو سلمنا بوجود هذا التعهد فإن بطلان التصرف الأصلي سيؤدى – بلا شك – إلي بطلانه فينعدم بذلك أساس القول بأن المسئولية هنا مسئولية عقدية.

أنه كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم استحالة هذا الإبرام، بالتعويض[١].

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلي أن المسئولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات قبل التعاقدية هي مسئولية تقصيرية تقوم بحكم القانون وليس علي أساس التصرف الباطل، بمعني أن القانون يجعل المسئولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض تقوم علي تحمل التبعة أو بصفة عامة عن التقصير في تنفيذ الالتزام[٢] هذه المسئولية تستوجب التعويض كأثر ناتج عن العقد الباطل ولكن بوصفه واقعة مادية وليس باعتباره عقداً. ومن ثم، يجب إثبات جميع عناصر المسئولية التقصيرية (دعوى التعويض). ويمكن القول بأن الرأي الغالب في الفقه والقضاء قد تشيع لهذا الاتجاه[٣]، من خلال التأكيد علي أن المفاوضات لا تقيد حرية

---

[١] د/ أمية علوان : في تقريره المقدم إلي مؤتمر معهد قانون الأعمال الدولي بكلية حقوق القاهرة المنعقد من ٢-٣ يناير ١٩٩٣ بعنوان : "ملاحظات حول المسئولية قبل التعاقدية عن قطع المفاوضات في العقود التجارية الدولية".

[٢] السنهوري : الوسيط، ج١ ص٦٧٨.

[٣] د/ جميل الشرقاوي : مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص٤٧٧ وما بعدها، د/ عبد الودود يحيي : الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص٢٣٢.

ومن أنصار المسئولية التقصيرية ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي إذ يقول : "وإذا استبعدنا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تقوم علي المسئولية العقدية، فليس معني ذلك أن المتعاقد، الذي يعزي إليه خطأ في وقوع البطلان، يكون دائماً بمنأى عن المسئولية. فهذه المسئولية قد تلحقه وفقاً للقواعد العامة، لا علي أساس العقد، وإنما علي أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه". مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي، الجزء الأول، نظرية العقد، ص٢٨٧.

الأطراف حيث يظل كل منهما محتفظاً بحريته في التعاقد، أو عدم التعاقد ولذلك، فإن المسئولية التي تنشأ في مرحلة التفاوض هي مسئولية تقصيرية أساسها الخطأ نتيجة الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية في المرحلة السابقة علي إبرام العقد.

الرأي في المسئولية :

إذا كان الأصل العام هو أن المسئولية الناشئة في المرحلة السابقة علي التعاقد هي مسئولية تقصيرية إلا أن هناك حالات استثنائية قد تكون فيها المسئولية عقدية وهي تلك الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلي التعاقد بحيث يمكن اعتبار ما توصلوا إليه في هذه المراحل بمثابة اتفاقات تمهيدية أولية سابقة علي إبرام العقد الأصلي، ولذلك فإن عدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية يرتب مسئولية عقدية مستقلة عن المسئولية التقصيرية التي تقوم بشأن عدم التوصل إلي إبرام العقد النهائي، بحيث نكون أمام مرحلتين مختلفتين.

الأولي : وهي الشكوى من عدم تنفيذ الاتفاق المبدئي أو التمهيدي كما لو اتفق الطرفان علي قيام أحدهما باختيار شخص ثالث لتحديد ثمن الشيء المبيع وعدم قيام ذلك الطرف بالاختيار قصداً منه إلي عدم إبرام العقد الأصلي فهنا المسئولية عقدية ناتجة عن مخالفة اتفاق تمهيدي.

كما تكون المسئولية ذات طبيعة عقدية عند مخالفة الاتفاق التمهيدي علي التفاوض وهو الاتفاق الذي يلزم كل طرف بالتفاوض مع الطرف

الآخر بغرض الوصول إلي إبرام العقد الأصلي، وهو اتفاق ملزم للجانبين إذ يلقي التزامات متبادلة بينهما، وهو وإن كان لا يلزم الطرفين بضرورة إبرامْ العقد النهائي، إلا أنه يلزمهما - كما قلنا - بالتفاوض علي هذا العقد. ويختلف هذا الاتفاق عن كل من الوعد بالتعاقد أو الوعد بالتفضيل، في أن هذين الوعدين يصدران في الغالب عن طرف واحد ويلزمان، في خلال الفترة التي يتم الاتفاق عليها، كما أن الوعد بالتعاقد يستلزم الإشارة فيه إلي العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، في حين أن الاتفاق التفاوضي لا يوجد فيه إلا التزام واحد وهو التشاور بين الطرفين بغرض الوصول إلي العقد النهائي[١].

وقد يتفق الطرفان بشكل مستقل علي التفاوض، أي أن موضوع الاتفاق الوحيد هو التفاوض، وقد يرد اتفاق التفاوض كبند من بنود عقد قائم، وبمقتضاه يلتزم الطرفان بالتفاوض مثلاً حول تجديد العقد لمدة أخرى أو بشأن التعديل في بنود العقد بعد الاتفاق عليها، أو بعد أن اتضح بعد تنفيذها وجود إخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين، أو بشأن التسوية الودية للمنازعات التي تثار أثناء تنفيذ العقد[٢].

وأياً كانت الصورة التي يرد بها اتفاق التفاوض، فإن مخالفته تؤدي

---

[١] انظر في ذلك د/ رجب كريم عبد اللاه : التفاوض علي العقد، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٠، ص٣٠٩ وما بعدها.

[٢] د/ رجب كريم عبد اللاه : المرجع السابق، ص٣١١.

إلي قيام المسئولية العقدية بعناصرها الثلاثة، وذلك علي أساس أنه التزام قائم بذاته يرتب هذه المسئولية بصرف النظر عن الوصول إلي إبرام العقد النهائي من عدمة.

الثانية : وتتعلق بالشكوى من عدم إبرام العقد الأصلي أياً كان السبب في ذلك سواء أكان يرجع إلي فشل المفاوضات التمهيدية الموصلة إلي إبرام العقد أم كان يرجع إلي عدم تنفيذ أحد الطرفين لبعض الالتزامات الناتجة عن أية مرحلة من مراحل التفاوض، فهنا المسئولية تقصيرية.

وقد تتوقف شكوى أحد الأطراف علي المرحلة الأولي بهدف الاستمرار في مراحل التفاوض حتى الوصول إلي إبرام العقد الأصلي.

الفرع الثالث

أثر البطلان بالنسبة للغير

القاعدة العامة أن بطلان العقد يؤدي إلي زواله بالنسبة للمتعاقدين وأيضاً بالنسبة للغير؛ إذ لا يمكن للغير الذي اكتسب حقاً علي الشيء محل العقد الباطل أن يتمسك به فهذا الحق يزول تبعاً لزوال العقد بالبطلان. فإذا رهن المشتري الشيء الذي اشتراه في عقد البيع، فإن هذا الرهن يزول مع بطلان عقد البيع؛ وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة. فإن هناك عدة استثناءات ترد عليها أهمها :

١-إذا قضي ببطلان شركة تجارية، فإن آثار التصرفات القانونية التي أبرمتها الشركة وهي قائمة تظل صحيحة ويمكن للغير الاحتجاج بها، فالبطلان هنا يقتصر أثره علي المستقبل ولا تمس الماضي، وتخضع إجراءات تصفية حقوق الشركاء عن المعاملات التي تمت قبل البطلان للأحكام الواردة بعقد الشركة التي تقضي ببطلانها.

٢-كما نصت المادة (١٠٣٤ مدني) علي أن "يبقي قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند الملكية أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن". فإذا أبطل عقد البيع لأي سبب من الأسباب، فإن ذلك لا يؤثر علي الرهن

الصادر من المرتهن مادام هذا الدائن حسن النية، بشرط أن تـتم الإجراءات الشكلية المطلوبة للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير، وبذلك يعود العقار إلي المالك الحقيقي محملاً بالرهن لصالح الغير وهو الدائن المرتهن إذا قام بقيد رهنه قبل تسجيل دعوى البطلان أو التأشير بها في هامش تسجيل العقد.

٣-كما نصت المادة (٢٤٤ مدني) علي أن "١- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النيـة، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المسـتتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم". ويتضـح من ذلك، أن للغير – وهم دائنو المتعاقدين أو خلفهم الخاص – أن يعتبروا بالعقد الصوري علي الـرغم مـن عـدم وجـوده بـين المتعاقدين.

٤-إذا اكتسب شخص من الغير حقاً علي الشيء محل العقد الباطـل، وذلك بناء علي عقد من عقود الإدارة، كعقد الإيجار، فـإن هـذا الحق يظل قائماً حتى ولو قضي ببطلان العقد، فالمستأجر للعقـار محل عقد البيع الباطل، يظل عقد إيجاره قائماً في مواجهة البـائع في حالات بطلان عقد البيع وعودة العقار إليه، مادام عقد الإيجار ثابت التاريخ قبل تسجيل دعوى البطلان وكان المسـتأجر حسـن النية، ولا يكون كذلك، إذا كان قد توقع طلب إبطال العقد فسـارع إلي تأجير العقار سواء أكان ذلك بـالغش نتيجـة التواطـؤ مـع المشتري أم بدون ذلك.

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على وجود العقد وصحته

إذا توافرت للعقد أركانه واستجمع شروط صحته واستوفي الشكل المطلوب له في الحالات التي يتطلب فيها المشرع شكلاً معيناً، أصبح العقد حقيقة واقعية ويبدأ في ترتيب آثاره سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير. وهو ما أوضحته المادة (١٤٥ مدني) بقولها "ينصرف اثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام". وهكذا، يتبين أن آثار العقد تنصرف إلي المتعاقدين بصفة أصلية وقد يتأثر الغير ببعض آثار العقد.

المطلب الأول

أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين

الأصل أن أثر العقد نسبي، أي أن الحقوق الناشئة عن العقد وكـذلك ما يرتبه من التزامات، يقتصر علي طرفيه، وبذلك يتعين معرفة أطراف العقد الذين ينحصر فيهم حقوق العقد والتزاماته. إذ يجـب فهـم كلمـة المتعاقدين بالمعني الواسع فلا يقتصر علي المتعاقـدين فحسـب، وإنمـا تشمل المتعاقدين بالمعني الضيق علاوة علي خلفهما العام والخاص.

أما بالنسبة للخلف العام فيقصد به كل من يخلف الشخص في ذمتـه المالية أو في جزء منها. وهو ما ينطبق علي الوارث بالنسـبة للمـورث والموصي له في علاقته بالموصي بالنسبة للوصية بجزء مـن التركـة. وينصرف آثار العقد إلي الخلف العام بمقتضي المـادة (١٤٥) السـابق ذكرها. سواء أتعلق الأمر بحقوق أم بالتزامات، مع ملاحظـة القواعـد المتعلقة بالميراث في الفقه الإسلامي، فإذا كانت الحقوق تنتقل بدون شرط من المورث إلي الورثة، فإن الالتزامات لا يتأثر بها الورثة وإنما تنتقـل التركة إليهم بما عليها من التزامات (ديون) وتُستوفي هذه الـديون مـن التركة أولاً قبل انتقالها إلي الورثة وإذا تبقي شيء من التركة بعد سـداد الديون يتم توزيعه علي الورثة بحسب الأنصبة الشرعية، أما إذا كانـت حقوق التركة (أي جانبها الإيجابي) لا يكفـي للوفـاء بجانبهـا السـلبي (التزاماتها) فلا يتحمل الورثة بشيء من هذه الالتزامات.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بقولها " أياً كانت شخصية الوارث مستقلة عن شخصية المورث وكانت التركة منفصلة شرعاً عن أشخاص الورثة وأموالهم الخاصة، فإن ديون المورث تتعلق بتركته ولا تنشغل بها ذمة ورثته، ومن ثم لا تنتقل التزامات المورث إلي ذمة الوارث لمجـرد كونه وارث إلا في حدود ما آل إليه من أموال التركة"[١].

وإذا ثبت أن الخلف العام يدخل ضمن المتعاقدين فإنه لا يعـد مـن الغير بالنسبة للعقد، وإنما يسري عليه ما ينطبق علي المتعاقد من أحكـام متعلقة بكيفية الاحتجاج بالعقد، إذ يجب بالنسبة له أن يكون العقـد ثابـت التاريخ حتى يكون حجةً له أو عليه، كما يستطيع إثبات الصـورية بأيـة وسيلة ويسري في مواجهته العقد الحقيقي.

وقد أشارت المادة (١٤٥) إلي حالات لا تسري فيها آثار العقد إلـي الخلف العام.

١-حالات عدم السريان الاتفاقية، وفيها يتفق المتعاقدان علـي عـدم سريان آثار العقد إلي الخلف العام، كما يعني اقتصار الأثر علـي الطرفين فقط. فإذا منح البائع أجلاً لسداد الثمن واشترط أن يتمتع به المشتري وحده، فإذا توفي المشتري التزم الورثة بدفع الـثمن في الحال ولا يسري في شأنهم الأجل الذي كان ممنوحاً للمشتري.

---

[١] نقض مدني في ١٩٧٨/٦/١٩، في الطعن رقم ٩٥٠ لسنة ٤٥ق.

وغالبا ما تكون شخصية المتعاقدين محل اعتبار في مثل هذه الحالات.

٢-إذا كانت طبيعة الأثر المترتب علي العقد تأبي أن تنتقل إلي الخلف العام، أياً كان سبب عدم الانتقال، فحق الانتفاع شخصي لا ينتقل من المنتفع إلي ورثته وإنما ينتهي بوفاته. كما لا ينتقل الإيراد لمرتب مدي الحياة إلي ورثة من تقرر لمصلحته.

٣-وأيضاً لا ينتقل أثر العقد إلي الخلف العام في الحالات التي يوجد فيها نص قانوني يمنع ذلك وذلك أياً كان القانون الذي يرد فيه هذا النص وأياً كان السبب في ذلك المنع والذي يكمن غالباً في تفسير الإرادة الضمنية للطرفين، فالشركة تنقضي بموت أحد الشركاء، كما ينتهي الإيجار بوفاة المستأجر إلا إذا توافرت حالة من حالات الامتداد القانوني.

٤-وأخيراً، قد لا ينصرف أثر العقد إلي الخلف العام وذلك لكون الأخير من الغير. فالتصرف الصادر عن المورث وهو في مرض الموت لا يرتب - في حق الورثة - آثاره كلها وإنما يتدخل القانون ويقيد من هذه الآثار ويحصرها في مقدار الوصية، بحيث لا يتأثر الورثة بنتائج التصرفات الصادرة عن مورثهم في مرض الموت وإنما ينحصر تأثرهم فقط بما يعادل نصيب الوصية وهو ثلث التركة. فما جاوز الثلث فلا ينفذ في حق الورثة إلا إذا

أجازوا هذه الزيادة وذلك التجاوز. ويمكن للورثة إثبات صدور التصرف عن المورث وهو في مرض الموت بطرق الإثبات كافة طبقاً للمادة (٩١٦ مدني).

وقد قضت محكمة النقض بان "حق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية لا بيع وأنه قصد به التحايل علي أحكام الإرث المقررة شرعاً، هو حق خاص به مصدره القانون وليس حقاً يتلقاه عن مورثه، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث، ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة علي الوارث، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الصادرة به والماسة بحقه في الإرث"[١].

أما بالنسبة للخلف الخاص :

يقصد به الشخص الذي يخلف المتعاقد في عين معينة أو في حق عيني علي هذه العين.

فإذا أبرم عقد وصار نافذاً بشأن هذه العين ثم انتقلت بعد ذلك إلي شخص آخر "يسمي بالخلف الخاص" فإن آثار هذا العقد تنصرف إلي الأخير إذا توافرت الشروط التي أشارت إليها المادة (١٤٦ مدني) بقولها:

"إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك

---

[١] نقض مدني في ٢١ يونيو ١٩٦٢، مج أحكام النقض س١٣، رقم ١٢٣ ص٨٢٤.

إلي خلف خاص: فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلي هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الحق إليه".

ويستخلص من هذه المادة أن هناك شروطاً ينبغي توافرها لكي ينصرف أثر العقد إلي الخلف الخاص وهي :

١-أن يتعلق العقد المبرم بالشيء الذي انتقل إلي الخلف الخاص، وأن يبرم قبل انتقال الشيء فإن ما يرتبط بهذا الشيء من حقوق والتزامات ينصرف إلي هذا الخلف. فالمشتري يخلف البائع في الشيء المبيع بكل ما يثقل هذا الشيء من حقوق عينية (كالارتفاق) وصاحب حق الانتفاع يخلف من تلقي منه هذا الحق.

٢-أن تكون الحقوق والالتزامات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلي الخلف الخاص، ومثال الحقوق المرتبطة بالشيء، الحقوق العينية التي رتبها السلف لصالح الشيء كالارتفاق وكذلك التأمينات العينية كالرهن أو التأمينات الشخصية كالحوالة والتأمين وينتقل مع الشيء دعاوى الضمان التي تحميه.

أما الالتزامات التي تثقل الشيء فهي الارتفاقات التي تثقل العين أو القيود الأخرى التي تعهد بها السلف وكذلك الأحكام التي تصدر ضد البائع وتكون متعلقة بالشيء المبيع فإنها حجة علي المشتري، كما قضت

بذلك محكمة النقض بقولها "أن الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقاً بالعقار المبيع يعتبر حجة علي المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم، وذلك علي أساس أن المشتري يعتبر ممثلاً في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده وأنه خلف خاص له"(١).

وقضت أيضاً بأن "مفاد المادة (١٤٦ مدني) أن انصراف أثر العقد إلي الخلف الخاص لا يصادف محلاً إلا إذا كان متعلقاً بالشيء الذي انتقل إليه، وكان عقد السلف سابقاً علي العقد الذي بموجبه انتقل الشيء إلي الخلف، أما العقود التي يبرمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد انتقاله إلي الخلف فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة إليها ولا يسري أثرها عليه والحكم كالعقد في هذا الشأن فلا يتعدي أثره ولا تمتد حجته إلي الخلف الخاص إلا إذا صدر قبل انتقال الشيء إلي الخلف واكتسابه الحق عليه ولا يلغي أن تكون الدعوى قد رفعت قبل انتقال الشيء إذا صدر الحكم فيما بعد"(٢).

وإذا لم يكن الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء المبيع فإنه لا ينتقل إلي الخلف الخاص، ولذلك فإن عقد إيجار مكان في جراج لا ينتقل إلي مشتري السيارة، بعكس الأمر بالنسبة لمن يتنازل له عن عقد

---

(١) نقض مدني في ١٨ مارس ١٩٧٥، مج أحكام النقض س٢٦ رقم ١٢٤، ص٦٢٧.

(٢) نقض مدني في ٢١ فبراير ١٩٧٩ في الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ق.

الإيجار، إذ يعد المتنازل له عن الإيجار خلفاً خاصاً للمستأجر الأصلي فينصرف إليه أثر الإيجار من الباطن متى كان ثابت التاريخ وسابقاً علي التنازل.

٣- علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق المرتبطة بالشيء.

ويختلف الأمر بالنسبة للحقوق عنه فيما يتعلق بالالتزامات، إذ يكتفي أن يعلم الخلف بالحقوق في أي وقت حتى ولو كان ذلك بعد انتقال الشيء إليه، أما بالنسبة للالتزامات فإن من المتعين علم الخلف بها قبل الانتقال وأن يكون علمه يقيناً ولا يمكن افتراضه إلا عندما يتعلق الأمر بحق عيني يخضع لإجراءات الشهر (التسجيل أو القيد) فهنا يفترض علم الكافة بهذا الحق بمجرد إتمام إجراءات الشهر.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مفاد نص المادة (١٤٦ مدني) أنها تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلي الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلي الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه، ويقوم هذا العلم مقام ثبوت التاريخ"[١].

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة، فإن الخلف الخاص يعد طرفاً في العقد وينصرف إليه - وبالتالي - أثاره من حقوق والتزامات، أما إذا انتفي شرط من هذه الشروط، فإن الخلف الخاص يعد من الغير وأجنبياً عنه ولا يتأثر بآثاره، حقاً كان أو التزاماً.

---

[١] نقض مدني في أول فبراير سنة ١٩٦٦، مج أحكام النقض س١٧، رقم ٢٩، ص٢٢١.

المطلب الثاني

أثر العقد بالنسبة إلي الغير

يقصد بالغير كل من لم يتأثر بالعقد سواء أكان متعاقداً أم خلفاً عاماً أو خاصاً، فالغير هو كل شخص أجنبي عن العقد؛ وبالتالي لا ينصرف إليه – في الأصل – أثار العقد، فإذا تصالح الدائن مع أحد الورثة، فإن الباقين لا يتأثرون بهذا الصلح، ولا يسري بيع ملك الغير في مواجهة المالك الحقيقي.

كما أن الشفيع يعد من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع سبب الشفعة، فطبقاً لمبدأ نسبية العقد لا ينصرف أثره إلا إلي من كان طرفاً فيه وخلفه، ولكن هذا المبدأ لا يؤخذ علي إطلاقه ولا يحول دون تأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه ولم يشترك فيه، وذلك من خلال اتجاه إرادة أطراف العقد إلي أن يستفيد شخص من الغير بحق ناتج عن العقد. وهذا يسمي "الاشتراط لمصلحة الغير" أو بان يلتزم بالتزام ناتج عنه أيضاً وهو ما يطلق عليه "التعهد عن الغير". ونتناول هذين الموضوعين فيما يلي :

الفرع الأول

الاشتراط لمصلحة الغير

وقد نظمته المواد (١٥٤، ١٥٥، ١٥٦ مدني) إذ تنص أولاهما علي أن : "١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه علي التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية كانت أو أدبية ٢- ويترتب علي هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق علي خلاف ذلك. ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد ٣- ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

وتنص الثانية علي أنه "١- يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلي المتعهد رغبته في الاستفادة منها، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد ٢- ولا يترتب علي نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشترط، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً علي خلاف ذلك. وللمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة".

وأخيراً، نصت المادة الأخيرة علي أن "يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن

يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهمـا مسـتطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطه".

يتضح من هذه النصوص الثلاثة أن الاشتراط لمصلحة الغيـر يعـد استثناءً مهماً علي مبدأ نسبية أثر العقد، وهذا الاسـتثناء مقـرر بـنص قانوني، ويقصد بالاشتراط لمصلحة الغير أن يتفق طرفا العقد علـي أن يكون المستفيد في العقد شخصاً أجنبياً عنهما، بأن يكتسب حقاً ناتجاً عـن العقد، ويمكنه المطالبة به مباشرة، وبذلك نكون أمام أطراف ثلاثة :

أحدهما المشترط وهو المتعاقد الذي يشترط في العقد حقاً لشخص من الغير.

ثانيهما المتعهد وهو من يلتزم في مواجهة المشترط بأداء الحق إلـي هذا الغير.

وثالثهما : المستفيد وهو من يتلقي حقاً من عقد لـيس طرفـاً فيـه، ويثبت له هذا الحق بشكل مباشر من العقد.

وينتج عن ذلك وجود ثلاثة علاقات بين هؤلاء الأشـخاص الثلاثـة. والمثال الواضح للاشتراط لمصلحة الغير يظهر في عقد التـأمين الـذي يبرمه شخص ضد المسئولية المدنية التي قد تنشأ علي عاتقه تجاه الغير، إذ يعد هذا الغير (المضرور من المسئولية) مستفيداً من عقد التأمين ويعد

المتعاقد (المؤمن له) مشترطاً وتصبح شركة التأمين (المؤمن) متعهداً[١]. والأمر نفسه من يبرم عقد تأمين علي حياته لصالح ورثته. ولا يقتصر الأمر علي عقد التأمين وإنما قد يوجد الاشتراط في عقود أخرى مثل البيع، كأن يشترط البائع بأن يقوم المشتري بدفع الثمن إلي شخص آخر، وأياً كان المجال الذي يظهر فيه الاشتراط لمصلحة الغير فإن له شروطاً ينبغي توافرها لكي ينتج أثره في مواجهة أطرافه الثلاثة.

أولاً : أن يكون المشترط طرفاً أصلياً في العقد :

بمعني أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع وأن يكون ذلك واضحاً في العقد بأن يبرم العقد باسمه ولحسابه وأن يتحمل أو يلتزم بالالتزامات الناتجة عن العقد، أما إذا تعاقد باسم المنتفع فإن الأحكام التي تطبق هنا هي أحكام النيابة في التعاقد وليست أحكام الاشتراط لمصلحة الغير. فالمشترط ليس نائباً عن المنتفع في العقد وليس فضولياً، بل هو طرف أصيل في العقد يتحمل بالالتزامات وإن كان لا ينتفع بالحقوق الناتجة عن العقد.

ثانياً : أن يثبت للمنتفع حق مباشر من العقد :

بمعني أن يشترط المشترط حقاً مباشراً للمنتفع دون حاجة لأن

---

[١] وإن كان بعض الفقه لا يري في التأمين ضد المسئولية اشتراطاً لمصلحة الغير علي أساس أن المؤمن له أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمضرور حتى ولو كان التعويض الذي يحصل عليه من شركة التأمين يعود بالفائدة علي المضرور (السنهوري : المرجع السابق، ص٧٧٥).

ينصرف إليه الحق أولاً ثم ينتقل بعد ذلك إلي المشترط، إذ لو حدث ذلك فإننا نصبح أمام أحكام حوالة الحق وليست قواعد الاشتراط ولا يشترط وجود المنتفع لحظة نشوء الحق أو أن يكون معلوماً عند إبرام العقد، بل يمكن أن يكون شخصاً مستقبلاً أو غير معين عند التعاقد، مادام أن هذا الشخص قابلاً للوجود أو للتعيين مستقبلاً. وقد قضت في ذلك محكمة النقض بقولها "بأن مفاد نص المادة (١٥٤ مدني) أنه في الاشتراط لمصلحة الغير يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لمصلحة شخصية في تنفيذ المتعهد لإلتزاماته المتعاقد عليها نحو المنتفع دون أن يدخل المنتفع طرفاً في العقد، وأن المنتفع إنما يكسب حقه مباشرة من العقد ذاته المبرم بين المشترط والمتعهد بأن تشترط الالتزامات لصالحه باعتباره منتفعاً فيه ويجري تعيينه بشخصه أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو يكون مستطاعاً تعيينه وقت أن ينتج العقد أثره"[١].

وإذا لم يوجد المنتفع أو يتعين لحظة تنفيذ المشارطة، فإن الحق الناتج عن الاشتراط يرجع إلي المشترط، فمن أبرم عقد تأمين علي حياته لمصلحة أبنائه ثم لم ينجبْ أولاداً، فإن قيمة التأمين تدخل في تركته عند وفاته وتوزع علي ورثته.

---

[١] نقض مدني في ٢٤ إبريل ١٩٦٩، مج أحكام النقض س٢٠، رقم ١١١ ص٦٩٣.

ثالثاً : أن تكون للمشترط مصلحة من وراء الاشتراط :

وهذه المصلحة قد تكون مادية، كأن يشترط البائع علي المشتري دفع الثمن إلي دائنيه، فلا شك في وجود مصلحة مادية هنا تعود علي البائع ألا وهي الوفاء بدينه، وقد تكون مصلحة أدبية متمثلة في تأمين أولاده ضد الفقر أو العجز أو الحاجة.

وأيا كان نوع المصلحة التي تعود علي المشترط من وراء الاشتراط، فإنه يتعين أن تكون هذه المصلحة شخصية حتى يختلف عن الفضولي، وأن تكون المصلحة مشروعة، فمن يبرم عقد تأمين علي حياته لمصلحة خليلته، فإن مثل هذا العقد يكون باطلاً لأن الخطر محل العقد يتعارض مع النظام العام والآداب وتكون المصلحة التي تعود علي المؤمن له من وراء العقد غير مشروعة.

آثار تحقق شروط الاشتراط لمصلحة الغير :

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابقة، فإن علاقات ثلاثة تنتج عن الاشتراط :

العلاقة الأولي : بين المشترط والمتعهد :

ويحكمها العقد أو التصرف الذي يربط بينهما، ففي عقد التأمين يكون المؤمن له ملتزماً في مواجهة شركة التأمين (المتعهد) بدفع الأقساط المحددة في العقد وفي مواعيدها. ويكون من حق المؤمن له (المشترط)

مطالبة الشركة بتنفيذ التزامها بدفع مبلغ التأمين إلي المستفيد، ويكون لكل من المتعاقدين الحق في التمسك قبل الآخر بالدفوع الناتجة عن العقد سواء أكانت دفوع بطلان أو انقضاء أو أي نوع آخر من الدفوع، كما يحق للمشترط التمسك بفسخ العقد أو يمتنع عن التنفيذ إذا لم يقم المتعاقد الآخر (المتعهد) بتنفيذ التزامه تجاه المنتفع أو يبدي استعداده لذلك. كما يكون له الحق في التعويض إن كان له مقتض.

كما يجوز له مطالبة المتعهد بالتنفيذ العيني للالتزام. وذلك بدعوي شخصية يرفعها باسمه هو لا باسم المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له المطالبة بالتنفيذ (م. ١٥٤ مدني).

فإذا أتضح ذلك من العقد، فإن المنتفع وحده يملك دعوى مباشرة تجاه المتعهد ليطالبه فيها بتنفيذ الالتزام، ولا يثبت هذا الحق للمشترط.

العلاقة الثانية : علاقة المشترط بالمنتفع :

تحكم هذه العلاقة أيضاً الرابطة التي تقوم بين المشترط والمنتفع، فقد يهدف المشترط التبرع بالحق المشترط إلي المنتفع وهنا يكون تصرفه تبرعاً بالنسبة للآخر كالهبة المستترة، ولهذا يجب توافر الأهلية المطلوبة للتبرع في المشترط. ويكون حق الموهوب له هو الحق ذاته الذي التزم بأدائه المتعهد إلي المنتفع، أي هو مقدار ما دفعه المشترط للمتعهد بشرط ألا يزيد عما التزم به المتعهد نحو المنتفع، وقد تكون العلاقة بين

المشترط والمنتفع معاوضة، يحصل فيها المشترط من المنتفع مقابل ما اشترطه علي المتعهد، فإذا كان المشترط مديناً للمنتفع، فإن الحق الذي يلتزم به المتعهد يكون وفاء للدين.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن "إذا جعل شخص من شخص آخر مستحقاً لقيمة التأمين الذي تعاقد عليه مع شركة التأمين، فهذا اشتراط لمصلحة الغير اشترطه المؤمن له علي الشركة لمصلحة المستحق لا يترتب حق للمستحق قبل المشترط أو ورثته من بعده بسبب إلغاء وثيقة التأمين لامتناع المشترط عن دفع أقساطه، إلا إذا كان الاشتراط قد حصل مقابل حق للمستحق علي المشترط، وليس هو حوالة من المشترط تفيد بذاتها مديونية المشترط له بمقابل قيمتها"[١].

العلاقة الثالثة : علاقة المنتفع بالمتعهد :

يثبت للمنتفع حقاً مباشراً تجاه المتعهد من وراء الاشتراط، فهذا الحق مصدره عقد الاشتراط وينصرف مباشرة إلي ذمة المنتفع. ويستطيع – لذلك – المطالبة به مباشرة خروجاً علي قاعدة أن العقد لا ينشئ حقاً للغير.

وهذا هو ما قررته المادة (٢/١٥٤) بقولها "ويترتب علي هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط

---

[١] نقض مدني في ٩ يناير ١٩٤٧، مجموعة عمر، ٥ رقم ١٣٦، ص٢٩٧.

يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق علي خلاف ذلك". وقد قضت محكمة النقض بأنه "إذا تعاقدت وزارة السياحة مع إحدى شركات القطاع العام علي أن تقوم بواسطة وكلاء الشركة في مدريد بشحن أمتعة وسيارة الطاعن من ميناء برشلونة إلي الموانئ المصرية، فإن التكييف الصحيح لهذا التعاقد أنه اشتراط لمصلحة الغير يخول للطاعن حقاً مباشراً قبل الشركة، ومن ثم فإن دعواه قبلها بتعويض الضرر الناجم عن التأخير في تنفيذ التزامها بالشحن يكون أساسها المسئولية العقدية"[١].

ويترتب علي اكتساب المنتفع حقاً مباشراً قبل المتعهد من عقد الاشتراط عدة نتائج منها:

١- لا يملك دائنو المشترط التنفيذ علي الحق الناشئ عن عقد الاشتراط، إذ لا شأن لهم به، إذ يخلص الحق للمنتفع، فالأولاد المستفيدون من التأمين الذي أبرمه الوالد يخلص لهم مبلغ التأمين بعد وفاته كحق مباشر خالص لهم وليس كجزء من التركة ولذلك لا يشاركهم فيه بقية الورثة.

٢- علي العكس من ذلك، فإن دائني المتعهد يشاركون المنتفع في الحق الثابت له من عقد الاشتراط وإذا أفلس المتعهد أو أعسر، فإن الدائنين جميعاً بمن فيهم المنتفع يشتركون معاً في قسمة الغرماء إذا لم تكف أمواله للوفاء بديونه، كما أن لدائني المتعهد

---

[١] نقض مدني في ١٩ إبريل سنة ١٩٧٦، مج أحكام النقض س٢٧، رقم ١٨٧، ص٩٨١.

دفع حق المنتفع بأي دفع ولهم الطعن علي عقد الاشتراط بدعوي البوليصية إذا توافرت شروطها.

٣-يثبت الحق للمنتفع بمجرد إبرام عقد الاشتراط دون انتظار لصدور موافقة منه فإعلان المنتفع رغبته بالاستفادة من الاشتراط مطلوب للتنفيذ وليس لإنشاء الحق، ولذلك يستطيع المنتفع المطالبة بحقه كما كان عليه عند إبرام العقد وليس عند إعلان الرغبة، ويشترط أن تكون لديه الأهلية المطلوبة للموافقة وقت إعلانه لرغبته وليس لحظة إبرام العقد. وإذا توفي المشترط بعد إبرام العقد، فإن ذلك لا يحول دون إعلان الرغبة من جانب المنتفع.

٤-يملك المتعهد دفع حق المنتفع بالدفوع كافة التي تنشأ عن عقد الاشتراط والتي كان في إمكانه التمسك بها في مواجهة المشترط. فله التمسك ببطلان العقد أو بفسخه. وذلك وفقاً للفقرة الثانية من المادة (١٥٤) التي تنص علي أن "ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد". ولهذا فإن له التمسك بصورية الاشتراط.

٥-يظل الحق للمشترط في نقض المشارطة في أي وقت ما لم يكن هناك اتفاق في عقد الاشتراط علي غير ذلك. وما دام المنتفع لم يعلن رغبته في الاستفادة من الاشتراط، أي لم يقره، فإذا أقره يثبت الحق له نهائياً ولا يملك المشترط الرجوع في الاشتراط أو

نقضه، وحق نقض المشارطة ثابت للمشترط فقط ولا يملك دائنوه أو ورثته ذلك. فإذا أعلن المشترط نقض المشارطة أدي ذلك إلي حرمان المنتفع من الحق الذي نشأ له عن عقد الاشتراط حتى ولو أعلن رغبته بعد ذلك في الاستفادة من الاشتراط، ولما كان نقض المشارطة تصرفاً قانونياً، فإن من المتعين توافر الأهلية القانونية المطلوبة لمثل هذا التصرف في المشترط، ويتوقف تحديد الأهلية علي طبيعة العقد الذي يحتوي علي الاشتراط.

وإذا كانت القاعدة أن من حق المشترط الرجوع في الاشتراط في أي وقت قبل أن يعلن المنتفع رغبته في الاستفادة من هذا الحق، فإن هناك استثناء يرد علي هذه القاعدة ومؤداه سقوط حق المشترط في نقض المشارطة حتى قبل إعلان الرغبة من جانب المنتفع وذلك بالحالات التي يتنافي فيها النقض مع طبيعة العقد، وهو ما ورد في نهاية المادة (١٥٥) التي بعد أن قررت حق المشترط في نقض المشارطة نصت علي أنه "... ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد".

فإذا باع شخص عقاراً مرهوناً واشترط علي المشتري دفع بعض الثمن سداداً للدين المضمون بالرهن، فهنا لا يملك البائع نقض الاشتراط لأن ذلك يكون في غير مصلحة الدائن المرتهن ويخالف ما يقتضيه العقد.

الفرع الثاني

التعهد عن الغير

إذا كان مؤدي الاشتراط لمصلحة الغير أن يكتسب شخص حقاً من عقد ليس طرفاً فيه خروجاً علي مبدأ نسبية العقد، فإن التعهد عن الغير يؤدي إلي أن يلتزم شخص أجنبي عن العقد بالتزام ناشئ عن عقد ليس طرفاً فيه أيضاً. فالتعهد عن الغير هو عبارة عن تعهد أحد الأشخاص بالحصول علي موافقة آخر علي القيام بعمل أو أداء التزام لصالح المتعاقد الآخر.

وقد نصت علي ذلك المادة (١٥٣ مدني) بقولها "إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم، وجب علي المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلي الوقت الذي صدر فيه التعهد".

وقد أدت الحاجة العملية إلي ظهور مثل هذا الاستثناء في بعض الحالات التي يصعب فيها الحصول علي موافقة المتعهد عنه. ويظل المثال الواضح علي ذلك يظهر في وجود شريكين في عين معينة

ويرغب أحدهما ببيعها وتتاح له فرصة سانحة بذلك، فيتعهد للمشتري بالحصول علي موافقة الشريك الآخر علي البيع.

وقد أشارت المادة (١٥٣ مدني) المشار إليها من قبل إلي ضرورة توافر عدة شروط لصحة التعهد عن الغير :

١-يجب أن يكون التعهد صادراً عن أحد المتعاقدين، والذي يتعهد باسمه هو لا باسم الشخص الذي يتعهد عنه، إذ لو أنه تعهد باسم المتعهد عنه لكان نائباً عنه أو فضولياً علي الأقل.

٢-أن يظهر من العقد أن المتعهد يلزم نفسه لا أن يلزم غيره، ويلاحظ أن طبيعة التزام المتعهد هو التزام بنتيجة تتمثل في صدور رضاء المتعهد عنه بالعقد، ولا يكتفي فيه بمجرد بذل العناية والحرص للحصول علي هذا الرضاء، ويعد مقصراً في تنفيذ التزامه، إذا لم يصدر هذا الرضاء.

ويقف التزام المتعهد عند حد الحصول علي موافقة الغير علي تنفيذ الالتزام، ولا يتعدي دوره ضمان قيام هذا الغير بالتنفيذ فعلاً، إذ يوجد فرق بين المتعهد عن الغير والكفيل، فالأخير يضمن تنفيذ المكفول لالتزامه، وهو ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني بقولها "فإذا وعد شخص بأن الغير يلتزم بأمر، ونصب نفسه زعيماً بذلك، فلا يكون من أثر هذا التعهد التزام هذا الغير، وكل ما هنالك أن الواعد يتعهد

بالوفاء بالتزامه بعمل شيء هو الحصول علي إقرار الغير للوعد الذي بذل عنه، ذلك هو مدي التزام الواعد علي وجه الدقة، فليس يكفي عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل ما في وسعه للحصول عليه، ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا ارتضي إقراره، وهذا ما يفرق الواعد بالتزام الغير عن الكفالة"(١).

إذا توافر الشرطان السابقان فإن الموقف لن يخرج عن أحد أمرين :

الأمر الأول : أن يقبل الغير التعهد :

فإذا قبل الغير تنفيذ الالتزام الذي تعهد به المتعهد فإن دور الأخير – كما قلنا – ينتهي عند هذا الحد، ليصبح الغير مسئولاً عن تنفيذ ما قبله في مواجهة الطرف الآخر. وقد يصدر الغير قبوله صراحة أو ضمنا كأن يقوم بتنفيذ التعهد مباشرة، كما يشترط توافر الأهلية القانونية المطلوبة لهذا القبول.

وبالقبول الصادر عن الغير تنشأ رابطة عقدية جديدة بين المتعاقد مع الغير، وهي رابطة جديدة تنشئ التزامات علي عاتق طرفيه وترتب لهما حقوق، وبمقتضاها، يحق للمتعاقد مطالبة الغير بشكل مباشر بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به، وينشأ التزام الغير بتنفيذ التعهد من الوقت الذي يصدر فيه قبوله أو إقراره وليس من وقت التعهد إذ أن الإقرار ليس له

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ص٣٠٦.

أثر رجعي، كقاعدة عامة، إلا إذا قبل الغير أن يكون لإقراره أثر رجعي.

وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة (١٥٣ مدني) بقولها "أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره، ما لم يبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند هذا القبول إلي الوقت الذي صدر فيه التعهد".

فشركاء القاصر الذي يبيعون مالاً مملوكاً علي الشيوع ويتعهدون للمشتري بالحصول علي موافقة القاصر علي البيع بعد بلوغه سن الرشد. فإن موافقة القاصر الأصل فيها إن أثرها يبدأ من بلوغه سن الرشد وليس لها أثر رجعي، إلا إذا وافق أيضاً علي أن يكون لإقراره أثر رجعي من تاريخ إبرام العقد. وبالإقرار الصادر عن الغير، يعود مبدأ نسبية أثر العقد إلي الإعمال والتطبيق، من واقع أن الغير يلتزم هنا ليس وفقاً للعقد الذي لم يكن طرفاً فيه، وإنما بناء علي موافقته اللاحقة علي تنفيذ التعهد الذي التزم به المتعاقد، فأساس التزامه هو العقد الجديد الذي يقوم بينه وبين المتعاقد الآخر بعد صدور القبول أو الإقرار.

الأمر الثاني : رفض الغير للتعهد :

لا تقع أية مسئولية علي الغير في حالة رفضه التعهد الصادر عن أحد المتعاقدين فالتعهد لم يرتب أي التزام في جانبه، بينما يظل المتعهد مسئولاً في مواجهة المتعاقد عن تنفيذ التعهد الذي رفضه الغير من واقع

العقد القائم بينهما. ويستطيع المتعاقد مطالبة المتعهد بتنفيذ التعهد. وتقوم مسئولية المتعاقد بمجرد رفض الغير للتعهد لإخلاله بالتزامه بنتيجة ولا تنتفي مسئوليته إلا بإثبات القوة القاهرة، كأن يتوفي الغير قبل صدور القبول أو أن يصاب بعجز أو عاهة تمنعه من صدور التعبير عن إرادته.

فإذا لم تتوافر القوة القاهرة، قامت مسئولية المتعهد عن تنفيذ الالتزام أو أداء التعويض المناسب للمتعاقد الآخر عما أصابه من أضرار من وراء رفض الغير، ويتم تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة، وقد قضت محكمة النقض بأن "متى كان الطاعن قد اتفق مع المطعون عليه علي أن يحصل من ابنه علي إجازة العقد الخاص بإشراكه في إدارة عمل رسا علي ابن الطاعن كما اتفقا علي أنه إذا أخل الطاعن بهذا الالتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغاً معيناً بصفة تعويض، وكان مقتضي هذا الشرط الجزائي، أن يكون علي الطاعن، الذي أخل بالتزامه فحق عليه التعويض، عبء إثبات أن ابنه قد خسر في الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرر نتيجة عدم إشراكه في العمل المذكور.."[١].

كما جاء في المذكرة الإيضاحية أن "إذا امتنع الغير عن إجازة الوعد، فلا يترتب علي امتناعه هذا أية مسئولية، ذلك أن الوعد لا يلزم إلا الواعد ذاته، ويكون من واجبة تنفيذ التزامه، إما بتعويض المتعاقد الآخر

---

[١] نقض مدني في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥٢، مج القواعد التي قررتها الدائرة المدنية خلال ربع قرن قاعدة ٢ ص٤٣٧.

الذي صدر الوعد لمصلحته، وإما بالوفاء عيناً بالتعهد الذي ورد الوعد عليه إذا أمكن ذلك دون إلحاق ضرر بالدائن، ويستوي في هذا أن يكون الوعد متعلقاً بالتزام بنقل حق عيني أو بعمل شيء أو بالامتناع عنه"(١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ، ص٣٠٦.

الفصل الثالث

القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد

سواء كان أثر العقد ينصرف إلــي المتعاقــدين أو خلفهمــا (العــام والخاص) أم ينصرف إلي الغير في الحالات الاستثنائية المشار إليها من قبل، فإنه من الضروري تحديد النطاق الذي ينصرف إليه مــن خــلال معرفة مضمون العقد وتفسيره، ويلتزم الأطراف بتنفيذ موضوع العقد كما احتوته بنوده، وإذا قصر أحد المتعاقدين في ذلك قامت مسئوليته العقديــة كما يحق للمتعاقد الذي لم ينفذ الالتزام في مواجهته التمسك بفسخ العقــد. وعلي ذلك نتناول في هذا الفصل الموضوعات الآتية :

المبحث الأول

تحديد مضمون العقد وتكييفه

المطلب الأول

تحديد مضمون العقد

الأصل أن أطراف العقد أحرار في تحديد بنوده والغرض المقصود منه، وكذلك اختيار الوصف القانوني له وذلك من منطلق أن العقد شريعة المتعاقدين، أي أن العقد هو القانون الذي يحكم علاقة الأفراد وبالنسبة لموضوعه، ومن هنا وجب تحديد هذا الموضوع وبيانه بشكل دقيق وهو ما يقع أساساً علي المتعاقدين فإن قصرا في ذلك أو أهملا تولي المشرع ومن بعده القاضي تلك المهمة مع مراعاة قصد المتعاقدين وإرادتيهما المشتركة.

وقد أشارت المادة (١٤٨ مدني) إلي "١-يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، ٢- لا يقتصر العقد علي إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

وبذلك يتضح أنه إذا تطرق المتعاقدان إلي كل تفصيلات العقد وحددا

في بنوده ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات، ولم يكتفيا فقط ببيان عناصره الأساسية وإنما تناولا أيضاً العناصر الثانوية وغير الجوهرية، فإن العقد يصبح في هذه الحالة المصدر الوحيد لما ينتج من آثار عن الرابطة العقدية أياً كان موضوعها أو تكييفها.

أما إذا لم يتطرق الأطراف إلي تفصيلات العقد، بل اكتفوا بذكر عناصره الأساسية، فهنا يأتي دور المشرع في تكملة اتفاق الأطراف من خلال القواعد المكملة التي تكمل إرادات الأطراف فيما يتعلق بتفصيلات الاتفاق أو عناصره غير الجوهرية، فالقواعد المكملة تسد النقص في العقد بتنظيم المسائل التي سكت عنها المتعاقدان إما جهلاً أو عمداً، ومثال ذلك موجود بكثير في القانون المدني كتلك القواعد الخاصة بعقود البيع والإيجار والتأمين والوكالة.

وإذا لم يكتمل تنظيم العقد بهذه القواعد المكملة، فإن في الإمكان اللجوء إلي العرف كما أشارت إلي ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٤٨ مدني). ودور العرف في المعاملات غير منكور، وبخاصة في المسائل التجارية والتي كثيراً ما يحيل الفقه بصددها إلي العرف ويمكن أيضاً اللجوء إلي فكرة العدالة لسد النقص في تنظيم العقد، وذلك كله وفقاً لطبيعة الالتزام أو - بالأحرى - لطبيعة العقد. من ذلك مثلاً اعتبار الناقل ملتزماً بضمان سلامة المسافرين من منطقة السفر إلي نقطة الوصول، وكذلك التزام بائع المحل التجاري بعدم منافسة مشتريه من

خلال فتح محل لممارسة النشاط ذاته وبالمكان نفسه، وكذلك التزام العامل بحفظ أسرار رب العمل، فمثل هذه الالتزامات نشأت من منطلق فكرة العدالة حتى ولو جاء المشرع بعد ذلك بتنظيم قانوني لها.

كما يراعي – من ناحية أخرى – مبدأ حسن النية في تحديد مضمون العقد وبيان موضوعه وكذلك في تنفيذه من منطلق الثقة المشروعة والمتبادلة بين الأطراف.

المطلب الثاني

تكييف العقد وتفسيره

أولاً : تكييف العقد :

تعد عملية التكييف مسألة مهمة وجوهرية بشأن تطبيق القواعد القانونية، وهي بذلك قد تفوق قدرة الأطراف وتخرج عن مقدورهم. وتثير وظيفة القاضي. وهذه الوظيفة ليست سهلة بالنسبة للأخير ولا يؤديها تفضلاً منه، بل إن قيام القاضي بالتكييف يعد واجباً مفروضاً عليه وليس خياراً متروكاً له، وهذا ما تؤكده المادة (١٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي[١] التي تلزم المحاكم بضرورة إعطاء الدعاوى والخصومات تكييفها الصحيح دون أن تقف عند حد التسمية التي يقترحها الأطراف. ويلاحظ أن من سلطة القاضي في كل من مصر والكويت التدخل لإعادة تكييف الدعاوى والخصومات وإعطائها الوصف الصحيح مع عدم وجود نص يلزمه بذلك، وإنما يعد ذلك مبدأً قضائياً تواترت عليه أحكام المحاكم. وفي ذلك قضت محكمة الاستئناف الكويتية دائرة التمييز بأن "المقرر أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في التعرف على حقيقة

---

(١) Art 12. C. P. C. F. "Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicable. Il doit en restituer leur exacte qualification aux faits et actes, litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposes. V. G. Bolard, les principes directeurs du procès civil, le droit positif depuis Henri Motulsky, J. C. P., 1993, 1, 3693, No 11.

الدعوى من وقائعها ومن الأدلة المقدمة فيها، وفي تفسير المحررات والعقود بما تراه أوفي إلي نية عاقديها مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها توصلاً لرد حاصل فهم الدعوى إلي حكم القانون، بإعطاء العلاقة التي تحكم، الطرفين تكييفها القانون الصحيح دون التقيد بالوصف الذي يخلعه الخصوم عليه[١]" كما قضت محكمة النقض في الاتجاه ذاته – "بأن محكمة الموضوع – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – غير مقيدة في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم لها وإنما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تتبينه من وقائع الدعوى، وتطبيق القانون عليها[٢].

كما قضت أيضاً بأن "العبرة في تكييف الطلبات في الدعوى ليس بحرفية عباراتها وإنما بما عناه المدعي منها وفقاً للثابت من الوقائع المعروضة في حدود سبب الدعوى"[٣].

كما قضت أيضاً بأن لمحكمة الموضوع السلطة في تقدير أدلة الدعوى وتفسير العقود والمستندات والشروط المختلف عليها، بما تراه

---

[١] جلسة ١٩٨٩/٢/١٢ – مجلة القضاء والقانون – السنة السابعة عشر ١٩٩٥ العدد الأول – ص١٣٤ رقم ٣٧.

[٢] نقض مدني في ١٩٨٧/٢/٢٢ – مجموعة أحكام النقض س٣٨، الجزء الأول – رقم ٦٦ ص٢٨٩.

[٣] نقض مدني في ١٩٩٣/٤/١٤، مجموعة أحكام النقض – المكتب الفني س٤٤ الجزء الثاني، رقم ١٥٨. ص١٠٤.

أو في بمقصود المتعاقدين[١].

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية هذا الواجب بشكل منتظم في أحكامها، إذ تجعله التزاماً يقع علي عاتق القضاة، بإعادة تكييف الوقائع المثارة أمامهم، بشرط عدم إضافة عناصر جديدة[٢] من ذلك ما ذهبت إليه في أحد أحكامها" أن علي القاضي التزاماً بإعادة تكييف الدعوى المطروحة أمامه علي أساس العيب الخفي إذا كانت لا تتناسب مع موضوعها[٣]. وإن كانت الدائرة المدنية الثانية للمحكمة يبدو أن لها موقفاً مختلفاً، حيث ذهبت إلي أنه "إذا كانت المادة (١٢) من قانون المرافعات تسمح للقاضي بتغيير أو بإعادة تسمية النزاع، ذلك عندما لا يكون هناك اتفاق صريح بين الأطراف علي تحديد طبيعة النزاع، فإنه لا يفعل ذلك كالتزام عليه" وذكرت أيضاً لأن المادة (١٢) مرافعات "تفرض علي القاضي البحث في النصوص القانونية التي تدعم أو تؤسس الدعوى التي رفعت أمامه علي أساس نص محدد"[٤] ويبرر بعض الفقه موقف الدائرة الثانية بالقول "أن السبب في ذلك هو أنه إذا كان القاضي يضع بين يديه

---

(١) نقض مدني في ١٩٩١/١/١٣، مجموعة أحكام النقض س٤٢، الجزء الثاني – رقم ١٧٣، ص١١٠٣.

(٢) Cass. Soc. 25-10-1990, D, 1990, I. R. P. 277. "Manque le base légale L'arrêt" ... qui déclare irrecevable, pour n'avoir pas été exercée dans le bref délai exige par l'art.1648. C. civ. L'acton en résolution de la vente d'un véhicule automobile fondée sur la garantie des vices caches alors que la cour d'appel avait l'obligation, aux termes de l'al. 2de l'art. 12 NCPC, de recher cher...".

(٣) Cass-civ. 16-6-1993. D, 1994, p. 210.

(٤) Cass-civ. 2eme 4-11-1988, D, 1989 p. 609 et note Critique M. A. Frison –Roctte.

كل العناصر الضرورية للفصل في الدعوى بشكل مقنع إلا أنه لا يملك اختيار أي عنصر من الواقع لم يطرح أمامه، إذ أن مهمته قانونية بحتة[١].

وأياً كان الوضع، فالجميع متفق علي الاعتراف للقاضي بسلطة التدخل لإعادة تكييف الدعاوى والمنازعات، مع اختلاف بينهم في مدي إلزامية أو اختيارية هذا التدخل. وإذا أقررنا للقاضي بسلطة التدخل لإعادة تكييف المنازعة المطروحة عليه دون التقيد بما أطلقه عليها الأطراف من تكييفات، فإن تتمة هذا أن نقرر بأن التدخل يتم بشكل تلقائي من جانبه، دون توقف علي طلب أحد، إذ الأمر متعلق بالنظام العام، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي بالقول : بأن القاضي لا يلتزم بإثارة مهمته إلا بالنسبة لما يتعلق بالنظام العام[٢].

---

(١) J. HERON, note sous Cass-civ. 2eme 4-11-1988 pré cite J. C. P., 1988, 11, 21030. et, NORMAND, Etendue des pouvoirs du juge et faculté ou obligation pour lui de Requalifier, RTD civ, 1988, 809.

والذي أشار إلي أنه يتعين من – من أجل تقرير الصفة الاختيارية أو الإلزامية لدور القاضي – التمييز بين الوسائل القانونية البحتة وبين الوسائل المختلطة بين الواقع والقانون.

انظر أيضاً :

MARTIN, Le juge a – t – il L'obligation de qualifier au requalifier, D, 1994, p. 308.

(٢) Cons-d, Etat, 12-10-1979, D, 1979, 1979, p 656.

ثانيا : تفسير العقد :

أما عن التفسير، فإن القاضي عن طريقه يحدد بدقة مضمون العقد وفقاً لقيوده، وذلك لن يأتي إلا إذا كان هناك غموض في بنود العقد وعدم وضوح إرادة المتعاقدين .

أما إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علي إرادة المتعاقدين (مادة ١٥٠ مدني) وقد قضت في ذلك محكمة النقض بالقول بأن "العبارات الواضحة تعد تعبيرا صادقا عن الإرادة المشتركة، وهو ما يراعي الاستقرار ويحترم مبدأ سلطان الإرادة"[١].

أما اذا كانت عبارات العقد غير واضحة ويحوطها الغموض ويدور الشك حول مفهومها فلا شك في أن دوراً للقاضي مهماً يبرز هنا، في تحديد مفهوم الألفاظ التي يستعملها الأطراف في العقد وبيان مضمونها، والذي يؤدي – بدوره – إلي الوقوف بدقة علي نطاق العقد بما يحتويه من حقوق والتزامات.

---

[١] نقض مدني في ١٢ فبراير ١٩٨٦ طعن رقم ٤٩ق. وقد أوضحت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "لا ريب أن إرادة المتعاقدين هي مرجع ما يرتبه التعاقد من آثار، بيد أن هذه الإرادة هي ذاتية بطبيعتها، ولا يمكن استخلاصها إلا بوسائل مادية أو موضوعية هي عبارة العقد ذاتها، فإذا كانت هذه العبارة واضحة لزم أن تعبر تعبيراً صادقاً عن إرادة العاقدين حقيقة، ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل، تلك قاعدة يقتضي استقرار التعامل حرصاً بالغا بمراعاتها" مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢ ص٣٩٦.

والقاضي وهو بسبيله إلي تفسير العقد لإزالة غموض عباراته وبيان موضوعها للوصول إلي تحديد نطاق العقد ومعرفة مضمونه، يتقيد بمجموعة من المبادئ التي تعارف عليها الفقه وأشارت إلي بعضها الفقرة الثانية من المادة (١٥٠ مدني) بقولها "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

المبدأ الأول : التقيد بحالات التفسير وهي الحالات التي يصعب فيها الوقوف علي النية المشتركة للمتعاقدين أو الإرادة المشتركة بينهما وقد تأتي هذه بصعوبة من غموض عبارات العقد وعدم وضوحها ومن الشك الذي يثور حول مدلولها، وقد توجد الصعوبة علي الرغم من وضوح عبارة العقد غير أنها تعبر تعبيراً صادقاً عن إرادة المتعاقدين، فإذا كانت الألفاظ واضحة إلا أن الإرادة غامضة فهنا يبدأ دور القاضي في التفسير ويزاوله من خلال الكشف عن ملابسات التعاقد وظروفه للكشف عن النية الحقيقية للمتعاقدين.

في هذا المجال، يستطيع القاضي ترك المعنى الظاهر لعبارات العقد والأخذ بمعنى آخر يصل إليه عن طريق التفسير يراه أكثر اتفاقاً مع إرادة المتعاقدين. وهنا ينبغي عليه تسبيب حكمه، أي بيان الأسباب التي دعته إلي الأخذ بالإرادة الباطنة دون تلك التي تظهر من عبارات العقد،

ويخضع حكمه هنا وتسببيه لرقابة محكمة النقض وهو ما قررته هذه المحكمة بقولها "أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط والقيود المختلف عليها بما تراه أوفي بمقصود المتعاقدين مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولها بهذه السلطة أن تعدل عن المدلول الظاهر إلي خلافه، بشرط أن تبين في أسباب حكمها لم عدلت عن هذا الظاهر إلي خلافه، وكيف أفادت تلك الصيغ هذا المعني الذي اقتنعت به ورجحت أنه هو مقصود المتعاقدين، بحيث يتضح من هذا البيان أنها قد أخذت في تفسيرها باعتبارات مقبولة يصح عقلا استخلاص ما استخلصته منها،..."[1].

ونشير إلي ضرورة الاسترشاد بطبيعة المعاملة من قبل القاضي وهو يبحث عن النية المشتركة للطرفين من خلال عبارات العقد، فإذا اتفق في عقد عارية الاستعمال علي أن يرد المستفيد الشيء إلي مثله، فلا يجب تفسير ذلك علي أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلي عارية الاستهلاك، وإنما يفسر ذلك علي أن المقصود هو إلزام المستفيد برد مثل الشيء في حالة الهلاك ويستعيد التعويض.

المبدأ الثاني : تفسير بنود العقد في ضوئها مجملة، إذ أن بنود العقد تفسر بعضها بعضاً، وقد يوجد غموض في بند يفسره بند آخر، لذا يجب النظر إلي البنود متكاملة ومجتمعة ولا يفسر كل بند علي حدة. فالبند

---

[1] نقض مدني في ٢٩ مايو ١٩٤٧، مجموعة القواعد القانونية، ج٥، ص٤٤٩ رقم ٢١٠.

الغامض يفسر في ضوء بقية البنود، وقد قضي في ذلك بأن "من العوامل الموضوعية التي يسترشد بها القاضي أن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، وأن عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، بمعني أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل، هو العقد، فقد تكون العبارة مطلقة ولكن تحددها عبارة سابقة أو لاحقة، وقد تقرر العبارة أصلاً يرد عليه استثناء قبلها أو بعدها، وقد تكون العبارة مبهمة وتفسرها عبارة وردت في موضوع آخر"[1].

وإذا وجد تعارض بين بندين، فإن علي المحكمة التوفيق بينهما وإن تعذر ذلك وجب عليها ترجيح أحدهما بناء علي طبيعة العقد والنية المشتركة للمتعاقدين، وما قد يوجد من عرف في هذا الشأن، وعلي سبيل المثال، في عقد التأمين، إذا تعارض بند وارد في الشروط العامة للوثيقة مع بند وارد في الشروط الخاصة بها فإن علي القاضي ترجيح البند الخاص.

وإذا أشار الطرفان في عقد البيع إلي أحد ملحقات العين المبيعة، فإن ذلك لا ينفي وجود ملحقات أو توابع أخرى يمكن أن ترد في بنود أخرى. وإذا أشار أطراف عقد الإيجار في أحد بنوده إلي أن مدة العقد مشاهرة، فإن ذلك لا يعني بالضرورة أن مدة العقد شهر، وذلك إذا أمكن الوقوف

---

[1] محكمة القضاء الإداري، ١٩٥٧/٦/٣٠، مجموعة القضاء الإداري، س١١، ص٦٠٧.

علي مدة أخرى للعقد في البنود الأخرى. كأن يشير الطرفان إلي أن المؤجر قد تلقي أجرة عن سنة مقدماً أو أن طبيعة النشاط محل عقد الإيجار تتطلب مدة تزيد عن الشهر كما لو كانت العين مؤجرة لكي تكون صيدلية أو شركة.

المبدأ الثالث : الشك يفسر – كقاعدة – لمصلحة المدين.

وقد أشارت إلي هذا المبدأ المادة (١/١٥١) بقولها "يفسر الشك في مصلحة المدين...".

فالمبدأ العام الذي يخضع له القاضي في تفسيره للشك هو أن التفسير ينبغي أن يكون في صالح المتعاقد المدين بالالتزام الذي يثور الشك بشأنه، علي أساس أن الأصل في الإنسان براءة الذمة، وعلي كل من يدعي خلاف هذا الأصل إقامة الدليل علي العكس، بأن يدلل علي انشغال الذمة بالتزام، فإذا عجز عن إقامة هذا الدليل تعود إلي القاعدة العامة وهي براءة الذمة، وبمعني آخر، أنه طالما أن الشك مازال قائماً فإن تفسيره يتعين أن يكون لصالح الأصل العام وهو البراءة، أي في صالح المدين.

ويرد علي هذا الأصل العام استثناء مهم نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٥١ مدني) بقولها "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

فإذا كان الطرف المذعن مديناً بالالتزام، فإن تفسير الغموض أو

الشك يكون لصالحه وليس في ذلك خروج علي الأصل العام، وإنما يظهر هذا الخروج إذا كان الطرف المذعن دائناً بالالتزام، فإن الشك أيضاً يفسر لصالحه ولا يكون ضاراً به خروجاً علي المبدأ العام في تفسير الشك وذلك حماية لهذا الطرف لكونه الضعيف في عقد الإذعان ولأن الطرف الآخر هو دائماً القوي ولذلك يجب أن يتحمل نتيجة الغموض الذي شاب بنداً من بنود العقد الذي انفرد بوضعها. والمثال علي ذلك، فإن الشك الذي يثور حول مقدار مبلغ التأمين في عقد التأمين يفسر دائماً لمصلحة الطرف المذعن المتعاقد مع الشركة، أي المؤمن له، علي الرغم من أنه دائن بهذا المبلغ.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد

يثور التساؤل – في هذا الصدد – عن إمكانية وجود دور للقاضي أو سلطة في تعديل العقد أو تكملة أوجه النقص فيه ؟ قد يصعب الاعتراف للقاضي بهذا الدور في الظروف العادية، بينما يمكن التسليم بذلك في الظروف غير العادية أو ما يسميها الفقه "بالظروف الطارئة أو الاستثنائية" وسنتناول دور القاضي في النوعين من الظروف.

المطلب الأول

دور القاضي في تكملة أوجه النقص في العقد

كثيراً، ما يلجأ المدعون أمام القضاء إلي إثارة إدعاءات يكون الهدف منها فقط هو التهرب من الحد الأدنى للالتزامات التي تفرضها الرابطة العقدية، والتي يرون أنها لم تعد تناسبهم. ومن أجل تحقيق هذا الهدف لا يتورع هؤلاء من إثارة وجود عيوب تتعلق بتكوين العقد أو إبرامه، بغية الوصول إلي بطلان الرابطة. ولا شك في أن هذا المسلك من المتقاضين منتقد من جانب الفقه والقضاء علي حد سواء، ويظهر ذلك من المحاولات الكثيرة من جانبيهما في وضع تصورات فقهية جديد، وحلول قضائية مبتكرة، تهدف جميعها إلي الإقلال من حالات الاستجابة لطلبات البطلان[١].

ويتأكد هذا الدور الحديث للقضاء من النظر في المنازعات التي موضوعها تحديد الثمن في إطار عقود التوزيع، والتي يظهر فيها كيف يمكن استخدام نقص أي عنصر من عناصر العقد من جانب أطرافه للتحلل من أي التزام عقدي[٢]، دون التحمل - في المقابل - بأي

---

(١) CHABAS, obs-in RTD civ. 1983, p. 748 et FARJAT et, j. MARTIN, Juri-class-civ. Art, 1126 à 1130, Fasc. I, No 25.

(٢) مثال التزام الاحتكار، أو عدم منافسة المنتج أو تغييره بآخر، انظر في ذلك :

BELOT, La détermination Judiciaire du prix dans les contrats, Rev-dr-prospectif, 1982-2, p. 349. Et, A-FRISON-ROCHE. "L'indétermination du prix "RTD. Civ.1992, p. 269 et S. p. surtot, No 440.

تعويض(١).

ولا يقتصر الأمر فقط علي طلبات البطلان وإنما يمتد ليشمل تلك المتعلقة بالمنازعات التي تثير الحق في الفسخ من جانب واحد، الذي يتمسك به أحد المتعاقدين، الذي تقرر له هذا الحق. ولا يهدف من ورائه إلا أن التخلص من الالتزامات المستقبلية التي تفرضها عليه الرابطة العقدية إذا استمرت صحيحة(٢).

وسواء أتعلق الأمر بالبطلان أم بالفسخ، فإن التساؤل المثار هنا يتعلق بالوسائل التي يمكن أن يمتلكها القاضي من أجل تجنب هذا أو ذاك ؟. وترتبط المسألة بمدي إمكانية الاعتراف للقاضي بسلطة تكملة أوجه نقص العقد، وخاصة تلك التي تعد عنصراً أساسياً فيه، وطريقاً مفتوحاً أمام المتعاقدين لبطلان الرابطة العقدية. فهل يملك القاضي التدخل بشكل إيجابي لتكملة عمل المتعاقدين .

يوجد اعتراضان موجهان إلي هذا التصور لدي القاضي، أحدهما مأخوذ من المبادئ التي تحكم إبرام العقود والآخر ناتج عن حدود وظيفة القاضي.

الأول : أن معظم الأنظمة القانونية، إن لم يكن كلها، تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة،

---

(١) L. AYNES, Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? D, 1993, p. 25 et 26.

(٢) V. Cornu, obs-in-RTD civ- 1966, p. 314.

علي اختلاف فيما بينها حول مضمونه وكيفية ومجال إعماله. ويعني هذا المبدأ تمتع الأفراد بحرية الاتجاه إلي تكوين الروابط العقدية، وكذلك قدرتهم علي تحديد بنودها، وشكل تنفيذها، وكيفية انتهائها. ومع الاعتراف بهذا المبدأ، يكون من غير المناسب القول بأن القاضي يمكنه القيام مباشرة بتحديد عنصر أساسي في العقد، وهو العنصر الذي بدونه لا يعتبر العقد قد أبرم صحيحاً. إذ أن الاعتراف للقاضي بسلطة التدخل لتحديد هذا العنصر، سيؤدي إلي الاعتداء علي مبدأ سلطان الإرادة، أو – علي الأقل – الانتقاص من مبدأ الحرية العقدية، الذي يجب أن يحكم تكوين الرابطة العقدية، بما يعني خضوعها لحرية المتعاقدين المطلقة[١].

ويلاحظ أنه ليس من المؤكد أن عدم التحديد الاتفاقي لعنصر أساسي من عناصر العقد يعكس غياباً حقيقياً للإرادة العقدية، سواء أكان الرضا قد أعطي بشكل غير محدد من أجل اعتباره مقيداً وملزماً لصاحبه، أم كان الرضاء لم يصدر بعد. إذ قد يعني عدم التحديد هذا، اتجاه إرادة الأطراف إلي تأجيل الاتفاق علي عناصر معينة مازالت محل نقاش بينهم. في مثل هذه الحالة، لا يكون هناك مجال للاعتراف بالتدخل المنشئ للقاضي، إذ سيصل الأمر هنا إلي حد أن يفرض علي الأطراف عقداً لا يريدونه، أو – علي الأقل – عناصر فيه لم تتطرق إليها إرادتهم.

---

[١] انظر في دور القاضي في تكوين الرابطة العقدية وتأثره بمبدأ سلطان الإرادة.
DEMOGUE, traite des obligations en général, T, II, 1923, chap, XIII, No 724.

وقد يظهر من الظروف المحيطة بحالات معينة، أن عدم التحديد الاتفاقي لأي عنصر أساسي في العقد لا يؤدي بالضرورة إلي التخلف الكامل لاتفاق الطرفين أو عدم صحته، وإنما قد يتضح أن الطرفين لم يريدا بعدم تحديدهم لهذا العنصر أن يكون شرطاً لاتفاقهم أو لصحته. وهنا يبدو أن نقص هذا العنصر أو غيابه غير مؤثر، ولا يستحق أن يؤدي إلي اختفاء الرابطة العقدية.

ونجد أنفسنا هنا أمام تقابل بين أمرين يصعب التضحية بأحدهما، أو يتوقف تغليب أحدهما علي الأخر علي جرأة القاضي من ناحية، وعلي الظروف المحيطة من ناحية أخرى. أحد هذين الأمرين يتعلق بعدم الاعتراف باختصاص للقاضي في التدخل لتحديد العنصر الناقص، مع التركيز علي المخاطر التي يمكن أن تنشأ من هذا التدخل وبخاصة فيما يتعلق بمبدأ الحرية العقدية، والثاني يخص ضرورة إعطاء فعالية معينة للروابط العقدية، ومنحها دوراً مؤثراً في النشاط الاقتصادي للأفراد، الذي يعد مهماً في النشاط الاقتصادي للمجتمع ككل، ولا شك في أن هذه الفعالية وذلك الدور سيتأثران لو سمحنا للأطراف بتهديد الرابطة بالزوال لتخلف أي عنصر من عناصرها، حتى ولو كان هذا العنصر لا يستحق أن يؤدي إلي زوالها[1].

---

[1] إذ أن ذلك سيؤدي من جانب إلي زعزعة مبدأ حسن النية في التعاقد، كما سيفتح الباب – من جانب آخر – إلي زيادة التعهدات الباطلة بما يعكسه من عدم استقرار في المعاملات. انظر : OPPETIT, "Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuelle "Rev. De L'arbitrage, 1977, p. 315 ets.

وقد يتم تغليب الأمر الأول والانتصار لمبدأ الحرية العقدية وهو ما عليه الاتجاه العام فقهاً وقضاءً وإن كان الاعتبار الثاني قد بدأ يؤثر في هذا الاتجاه، ويظهر ذلك في المحاولات الجريئة من جانب بعض القضاء للحفاظ علي الرابطة العقدية.

وينتج الاعتراض الثاني من حدود مهمة القاضي نفسه، ومن طبيعة وظيفته التي أناطه بها المشرع. إذ أن مهمته هي فقط الفصل في المنازعات المطروحة أمامه، وفقاً للقواعد القانونية التي يستقيها من المصادر التي يحددها القانون، والتي تبدأ عادة بالتشريع ثم العرف أو الفقه الإسلامي، علي حسب الأحوال[1].

ولا يدخل في هذه المهمة إطلاقاً دور التعاون والمشاركة في إنشاء أو تصحيح التصرفات القانونية. غير أن هذا الاعتراض ليس كسابقه، إذ أنه يتجاهل وجود حالات معينة، يضطر فيها القاضي – لممارسة وظيفته القضائية – أن يتدخل بإنشاء التصرفات أو بإيجاد حل قانوني للمنازعات التي تنشأ بسببها. فهو – من جانب – لا يمكنه الامتناع عن الفصل في

---

[1] تنص المادة الأولي من التقنين المدني المصري في فقرتها الثانية علي أن "٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضي العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضي مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة...". كما تنص المادة الأولي في فقرتها الثانية من القانون المدني الكويتي، بعد تعديلها بالمرسوم رقم ١٥ لسنة ١٩٩٦ علي "فإن لم يوجد نص تشريعي. حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها، فإن لم يوجد حكم بمقتضي العرف...".

الدعوى بحجة عدم وجود نص قانوني، إذ عليه أن يجتهد رأيه لوضع الحل المناسب لها في إطار ضوابط معينة يحددها له القانون، مثل قواعد العدالة، أو مبادئ القانون العامة.

وهو – من جانب آخر – لا يملك الامتناع عن نظر النزاع والفصل فيه بحجة عدم وجود اتفاق الأطراف. وهو في الحالتين – إن فعل – يكون مرتكباً لجريمة إنكار العدالة. فعندما لا تسمح الاتفاقات العقدية بتسوية المنازعات أو الخلافات التي تعترض الطرفين المتعاقدين، فإن القاضي مطالب بالتدخل للقيام بذلك، بناء علي العادات أو مبادئ العدالة.

وهكذا، وبالطريقة ذاتها، فإذا كنا نعترف للقاضي بسلطة التدخل لتكملة التنظيم العقدي بنقاط معينة تعتبر ثانوية، ألا يتعين الاعتراف له بسلطة التدخل لتحديد عنصر أساسي في العقد، مادام أن ذلك سيؤدي إلي فرض احترام معين لما أبداه المتعاقدان عند الاتفاق من عهود أو وعود[١].

ويلاحظ، أن المشرع نفسه قد يعهد إلي القاضي بمهمة تحديد عنصر أساسي في العقد، كالثمن مثلاً، كما قد يترك للقاضي مهمة إعادة تقدير الإيجار في عقود الإيجار. ومن خلال الإطلاع علي الأحكام القضائية، يتضح أن المحكمة تعترف لنفسها أحياناً بسلطة التدخل لإنقاذ الرابطة

---

(١) PANCRAZI-TIAN : La protecton… op. cit, No 49.

العقدية، حتى ولو كان ذلك عن طريق المساهمة في إنشاء أو تكوين هذه الرابطة. وقد يكون تدخل القاضي بشكل مباشر بتعيين العنصر النـــاقص في العقد، وقد يكون عن طريق تعيين الطرف الثالث الـــذي عهـــد إليـــه الطرفان بمهمة تحديد هذا العنصر.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة

نصت على هذه السلطة وشروطها المادة (١٤٧ مدني) بقولها "١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب علي حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك".

يبين من هذه المادة أن التقنين المدني أخذ بما أخذت بها تشريعات كثيرة، باعترافه بنظرية الظروف الطارئة، وبذلك يكون قد رجح كفة تدخل القاضي لإعادة التوازن بين الطرفين علي كفة مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بالمفهوم المطلق والذي لا يجيز تعديل العقد ولا نقضه أو إنهاؤه إلا باتفاق الطرفين علي ذلك. وهذه النظرية قد تلقاها الفقه والقضاء بنوع من الارتياح والقبول بعد الاعتراف التشريعي بها وتغير الموقف بعد التقنين المدني عنه قبله.

ويلاحظ علي تنظيم التقنين المدني لنظرية الظروف الطارئة، أن

المشرع أكد علي أن الأخذ بهذه النظرية إنما يأتي علي سبيل الاستثناء. فأشارت – في المادة ١٤٧ – إلي القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين، ثم أورد الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة ليدلل بذلك علي استمرار الوفاء للأصل العام وعدم الخروج عليه إلا للحاجة أو الضرورة إذا توافرت الشروط المطلوبة لذلك وهي :

١-**الشرط الأول** : وهو شرط اشترطه الفقه والقضاء واستخلصه من القواعد العامة للعقود ومن المنطق ويتعلق بضرورة أن يكون العقد متراخي التنفيذ، أي من العقود الزمنية وليست الفورية، من منطلق أن هذه النظرية تجد مجالها الطبيعي للتطبيق في إطار العقود الزمنية، ويشير بعض الفقه إلي أن المطلوب هنا هو أن يكون تنفيذ العقد مؤجلاً لكي تطبق النظرية حتى ولو كنا أمام عقد فوري[١] وهو قول لا يستقيم مع فلسفة النظرية وحكمها ولا يتفق مع ما يأخذ به الرأي الغالب في الفقه الذي اشترط لتطبيق النظرية تعلق الأمر بعقد زمني يستغرق تنفيذه أو يستمر لمدة زمنية قد تطول أو تقصر مثل عقود الإيجار والتأمين والتوريد والمقاولة. فمثل هذه العقود متراخية التنفيذ ويكون من المتوقع تغير الظروف المحيطة بالمتعاقدين أثناء التنفيذ.

٢-**الشرط الثاني** : أن يقع حادث استثنائي أثناء التنفيذ، ويشترط في

---

[١] جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٣٥٨.

هذا الحادث أن يكون عاماً، بأن يشمل البلاد ككل أو يقع - علي الأقل - في المنطقة الجغرافية التي يتم فيها تنفيذ العقد، بل أن الحادث قد يكون دولياً، أي أن أثره يتعدي الدولة ليشمل دولاً أخرى. أما الظروف الخاصة بالمتعاقد لا تجيز تعديل التزامات المتعاقدين حتى ولو أدت فعلاً إلي وجود إرهاق في التنفيذ لأحد المتعاقدين، فإذا سرقت أموال المتعاقد أو حرقت ممتلكاته أو تلفت زراعاته لأسباب خاصة به، فلا أثر لذلك علي العقد المطلوب منه تنفيذه.

وينبغي أيضا أن يكون الحادث غير متوقع بالنسبة للمتعاقد أو لغيره من الأفراد، فالحادث غير المألوف هو فقط الذي يؤدي إلي تطبيق النظرية بعكس ذلك المألوف، فتعرض البلاد لموجات برد معتادة أو لدرجة حرارة عالية لا يعد حادثاً غير مألوف حتى ولو أدي إلي تلف أو أضرار لحقت بالأرض المزروعة خضروات أو فواكه والتي كان يعتمد عليها المورد في عقد التوريد، أما إذا كانت درجة البرودة غير معتادة بحيث وصلت إلي درجة الصقيع، فإن ذلك قد يكون حادثاً غير متوقع، وكذلك نشوب حرب أو حدوث فيضان أو صدور قانون يحدد أسعار بعض السلع، فهذه كلها تعد حوادث عامة وغير متوقعة وبخاصة إذا انتفت أية دلائل علي وقوعها عند التعاقد.

ويلاحظ أن تقدير ما إذا كان الحادث عاماً وغير متوقع أم أنه ليس

كذلك من الأمور التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وفقاً لما قضت به محكمة النقض بقولها "بأن البحث فيما إذا كان الحادث مما في وسع الشخص العادي أن يتوقعه أو أنه من الحوادث الغير متوقعة، هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع مادام يقوم علي أسباب تؤدي عقلاً إلي ما انتهي إليه"[١].

٣-**الشرط الثالث** : أن يؤدي ذلك الحادث إلي أن يكون التنفيذ مرهقاً للمتعاقد.

وقد حددت المادة معيار هذا الإرهاق، بأن يهدده التنفيذ بخسارة فادحة، فمن الضروري أن يصبح تنفيذ الالتزام – بعد الحادث – مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلا، إذ أن تنفيذ الالتزام لو صار مستحيلا بعد الحادث لأدي ذلك إلي انفساخ العقد بقوة القانون لاستحالة محله، بينما يكتفي – في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة – بأن يجعل الحادث الاستثنائي تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد بأن يصاب بخسارة فادحة لا تتعادل إطلاقاً مع ما يحصل عليه من العقد لو تم التنفيذ. فالحادث يترك التنفيذ ممكناً مع أثار شديدة السوء علي المتعاقد، وهذا ما يفرق بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة، إذ يزول العقد مع الثانية وينفسخ بقوة القانون لاستحالة محله ولا يتحمل المدين هنا تبعة عدم التنفيذ.

---

[١] نقض مدني في ١١ نوفمبر ١٩٦٩، مج أحكام النقض س٢٠ رقم ١٨٤ ص١١٩٣.

وقد قضي في ذلك بان "الحادث العارض الذي يجعل التنفيذ مرهقاً للملتزم فحسب (كارتفاع أثمان المبيعات موضوع عقد التوريد ارتفاعاً باهظاً) لا يؤدي إلي انقضاء الالتزام وإبراء ذمة الملتزم فيه، فإذا كان الحكم المستأنف قد انتهي إلي أن الحرب الكورية ليست قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام بتوريد سكر فورموزا مستحيلاً استحالة مطلقة استناداً إلي ما أبداه الملتزم من استعداده لتوريد السكر محل الالتزام بسعر مرتفع، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون"(١).

وينظر إلي موضوع العقد أو الالتزام الذي يتعين علي المتعاقد تنفيذه لتقدير ما إذا كانت هناك خسارة فادحة تهدد المتعاقد إذا قام بالتنفيذ أم لا. فإذا تبين أن تنفيذ هذا الالتزام سيؤدي إلي تلك الخسارة كان التنفيذ مرهقا للمدين، حتى ولو كان الالتزام لا يشكل إلا نسبة قليلة من مجموع العقد أو بالنسبة إلي ثروة المتعاقد، إذ لا عبرة في ذلك لثروة المتعاقد ذاته أو قدرته المالية علي تجنب هذه الخسارة الفادحة أو تعويضها، فإذا تعهد مورد بتوريد قمح، وارتفعت أسعار القمح، عالمياً ومحلياً بدرجة كبيرة، فإن ذلك يعد حادثاً استثنائياً غير متوقع ويجعل التنفيذ مرهقاً له، حتى ولو كان المتعاقد يملك أرضاً زراعية بمساحات كبيرة يزرعها قمحاً. فتوافر كميات القمح المطلوبة لدي المورد لا تمنعه من التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

---

(١) استئناف القاهرة، ١٩٦١/١١/٢٨، المجموعة الرسمية رقم ٢٦ ص١٩٧.

أثر تحقق الشروط السابقة :

إذا توافرت الشروط السابقة، أصبح في مقدور القاضي ومن سلطته "وتبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلي الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق علي خلاف ذلك" (م١٤٧/٢).

ولم يلزم المشرع القاضي بطريقة معينة أو بمسلك خاص لكي يعيد التوازن بين المتعاقدين ويرد به الالتزام المرهق إلي الحد المعقول، فقد يلجأ القاضي إلي التخفيف من التزام المتعاقد الذي يتمسك بتطبيق النظرية أو بإعفائه من جزء من الالتزام، أو يقوم بزيادة التزامات المتعاقد الآخر، وقد يلجأ إلي وقف تنفيذ الالتزام فترة معينة تنتهي خلالها الظروف الاستثنائية التي جعلت التنفيذ مرهقاً، ولكن لا يستطيع القاضي - في الأمور كلها - أن يصل إلي حد إعفاء المتعاقدين من تنفذ الالتزام لأن ذلك معناه حمايته من أية خسارة، بينما الهدف من إعمال النظرية تجنيب المتعاقد الخسارة الفادحة، بحيث ينفذ الالتزام حتى لو لحقته من جراء ذلك خسارة عادية ليست فادحة. وبالتطبيق لذلك، فقد يأمر القاضي برفع سعر السلعة محل التوريد أو تقليل الكمية المطلوب توريدها.

أو أن يجعل نفقات النقل علي حساب المتعاقد الدائن بالالتزام. ولا يجوز للقاضي فسخ العقد لأن في ذلك أيضاً إعفاء للمتعاقد من التنفيذ وهو ما لا ينص عليه في المادة السابقة.

ويلاحظ أن حكم المادة (١٤٧) بفقرتيها من النظام العام ولـذلك لا يجوز الاتفاق علي ما يخالفها، فالاتفاق علي التزام المتعاقد بالتنفيذ علـي الرغم من توافر شروط النظرية، أو علي إعفائه من التنفيذ، هـو اتفـاق باطل لأنه يخالف ما ورد بالنص، إذ لا يجوز للمتعاقـد التنـازل عـن الحماية التي قررها له المشرع.

الفصل الرابع

جزاء عدم تنفيذ العقد

إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناتجة عـن العقـد بعـد إبرامه صحيحاً ومكتملاً لأركانه وشروطه، فإن في إمكان المتعاقد الآخر اللجوء إلي الوسائل القانونية التي حددها المشرع في هذا المجـال فلـه إجباره علي التنفيذ إذا كان ذلك ممكناً وله التمسك بالفسخ فـي حـالات العقود الملزمة لجانبين وله أيضاً إثارة قواعـد المسـئولية العقديـة إذا توافرت شروطها، ونشير في هذا الصدد إلي الخيار الأول المطروح أمام المتعاقد وهو الفسخ الذي يوجد في كل العقود الملزمة لجانبين، ونعرض أيضاً لقواعد المسئولية العقدية بوصفها الجزاء العام الذي يملك كل متعاقد إثارته إذا اشتكي من المتعاقد الآخر المقصر في تنفيذ التزامـه وإصـابة ضرر من جراء ذلك التقصير.

المبحث الأول

الفسخ

ويلاحظ أن الفسخ الذي يمكن الحديث عنه في مجال العقد قد يـأتي على ثلاثة أنواع:

النوع الأول : الفسخ القضائي :

هو الذي يطالب به الدائن أمام القضاء دون أن يكون منصوصا عليه في العقد.

شروط استعمال حق الفسخ القضائي :

أ- أن يمتنع أحد المتعاقدين على الوفاء بالتزامه بدون سبب مشـروع مع إمكانه الوفاء، فإذا كان امتناعه لسبب مشروع لم يجز الفسـخ كأن يكون التزامه معلقا على شرط أو مضافاً إلي أجل لم يحل بعد أو أن يكون الدائن نفسه ممتنعا عن الوفاء بالتزامه هو، إذ بـدون ذلك يكون الطرف الآخر محقا في الامتناع عن تنفيذ التزامه(١). إذ

---

(١) قضـت محكمة النقض في مجال عقد البيع بأن: "إذا كان الطاعن قد اعتمد في دفاعـه على أن عـدم قيامه بتسليم المبيع يرجع إلى أن المطعون عليه لم يبد استعداده لدفع الـثمن قبـل التسليم وبذلك يكـون المطعون عليه هو المقصر وتقع عليه تبعة التقصير وكانت المحكمة إذا طرحت هـذا الدفاع قد قررت أن محل التمسك به هو أن يكون الطاعن قد أظهر اسـتعداده لتسليم المبيع، أما وهو لم يفعل ذلك فلا يحق له أن يطالب المطعون عليه بدفع الـثمن قبـل=

يجب أن يكون الدائن المطالب بالفسخ قد نفذ التزامه أو على استعداد لتنفيذ التزامه، وعلى طالب الفسخ إثبات تقصير المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه سواء أكان المؤجر أو المستأجر، فإذا طلبه المؤجر كان عليه إثبات تقصير المستأجر في دفع الأجرة أو تأخيره عن الدفع أو انه تأخر في تسلم العين. وإذا طلبه المستأجر كان عليه إثبات تقصير المؤجر في تسليم العين أو أنه أخل بالتزامه بالضمان.

ب- يجب أن يكون هناك إعذار من طالب الفسخ إلى المتعاقد الآخر ما لم يتفق على غير ذلك أو ينص القانون على غيره، وقد نصت على ذلك المادة (١/١٥٧ مدني) بقولها أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض".

ج- ألا يكون الطالب قد نزل صراحة أو ضمنا عن حقه في طلب

=التسليم، هذا فضلا عن أن المطعون عليه قد قرر بإنذاره الذي أعلنه للطاعن أنه على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه، ومع ذلك لم يقم الطاعن بتنفيذ التزامه، فإن هذا الذي قررته المحكمة هو استخلاص سليم ولا مخالفة فيه للقانون كما لا يشوبه قصور".

نقض مدني في ٢ ديسمبر ١٩٥٢، مج أحكام النقض، س ٤، ص ٢٣٣، رقم ٢٨.

وفى المعنى نفسه، نقض مدني في ١٨ أبريل ١٩٧٥، مج س ٢٦، ص ٨٤٠، رقم ١٦٤.

الفسخ وقضت في ذلك محكمة النقض بأن: "ولئن كان للبائع أن يطلب فسخ العقد إذا لم ينفذ المشترى التزامه بوفاء باقي الثمن عملا بنص المادة (١/١٥٧) إلا أن حقه في الفسخ يسقط إذا تنازل عنه صراحة أو ضمنا وإذا كان يبين مما أورده الحكم أنه قد استخلص بأسباب سائغة أن الطاعن تنازل ضمنا عن طلب الفسخ بحصوله على حكم بباقي الثمن نفذ به على العين المبيعة بعد أن نفذ على الزراعة القائمة بها، فإن محاولة الطاعن في ذلك لا تعد أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع[١].

والتنازل قد يكون لاحقا على تقصير المدين في تنفيذ الالتزام. ويشير الفقه إلى الاعتراف بإمكانية التنازل عن الحق في رفع دعوى الفسخ بعد نشوء هذا الحق[٢]، والمشكلة التي تثور هنا تتعلق بتحديد اللحظة التي يصبح فيها هذا الحق موجودا ومتحققا حتى يمكن الحديث عن التنازل اللاحق عنه. والحق في رفع دعوى الفسخ ينشأ من اللحظة التي يثبت فيها تقصير المدين في تنفيذ الالتزام، وهو ما يتحقق مثلاً في مجال عقد الإيجار بعدم أداء الأجرة من جانب المستأجر وإعذار المؤجر له بضرورة الأداء، إذ بذلك يضع المستأجر في موضع المقصر في التنفيذ مما يعطيه الحق في رفع دعوى الفسخ، أما قبل ذلك فلا يكون

---

(١) نقض مدني في ٢٥ مايو سنة ١٩٧٥، مج أحكام النقض، س ٢٦، ص ١٠٧٢، رقم ٢٠٤.

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد، ١٩٨٤، ص ٦٣٧، رقم ٣٢١.

هناك حق قد نشأ وإذا حدث تنازل، فإنه يكون سابقا وليس لاحقا.

ولا يخضع التنازل لأي شرط شكلي، ويمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا، وعندما يكون التنازل ضمنيا، فإن على المحاكم التفرقة بين تصرفات الدائن التي تكشف بطريقة ليست محل شك عن رغبته في التنازل عن الفسخ القضائي، وهنا لا مجال للتفسير أو التخمين وتكون سلطتها مقيدة، وبين التصرفات التي تترك نوعا من الشك أو الغموض حول وجود نية التنازل، وهنا يتعين عليها تفسير الشك لصالح المدين.

ويؤكد الفقه على أنه يتعين على القاضي أن يكون متشددا في استنتاج النزول الضمني، ويجب ألا يكون في الواقعة التي يراد استنتاج النزول منها أي شك في هذا الصدد(١). ولما كان الأمر هنا متعلقا بآثار قانونية ناتجة عن وقائع مادية، فإن تقدير محاكم الموضوع لوجود أو انتفاء نية التنازل لدى الدائن يخضع لرقابة محكمة النقض(٢).

---

(١) عبد الحي حجازي: مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، السنة الأولى، ١٩٥٩، ص ٤٧٢.

(٢) وتذهب محكمة النقض المصرية إلى عكس ذلك في بعض أحكامها. فقد قضت بأن استخلاص تنازل المتعاقد عن التمسك بالشرط الصريح الفاسخ الوارد بالعقد يعد من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، والمجادلة في ذلك لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما يستقل به قاضي الموضوع.

نقض مدني في ١٩٧١/١٢/١٦، مج أحكام النقض، س ٢٢، ص ١٠٣٤.

ومن التطبيقات القضائية بشأن مسألة تقدير وجود تنازل من جانب الدائن من عدمه ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها من أن رفع الدعوى بالالتزام، لا يعتبر بذاته نزولا عن التمسك بالشرط الفاسخ نتيجة الإخلال به هو نفسه[١].

وقياسا على ذلك، فإن المطالبة القضائية بتنفيذ الالتزام محل العقد، لا يعنى تنازلا عن الحق في رفع دعوى الفسخ. كما قضت المحكمة ذاتها، بأن المطالبة القضائية بالأجرة عن مدة معلومة لا يمثل تنازلا ضمنيا عن الشرط الفاسخ الصريح في صدد عدم الوفاء بالأجرة عن مدد أخرى[٢].

ويمكن للدائن رفع دعوى بقصد تنفيذ الالتزام، وذلك كطلب أصلى، وفى الدعوى ذاتها، يطلب الفسخ كطلب (احتياطي)، وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية بأنه: "إذا كانت المحكمة قد قررت أن للمشترى عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو طلب فسخ البيع مع التضمينات في الحالتين، كما له لو كان رفع دعواه بطلب التسليم

---

[١] نقض مدني في ١٩٤٥/١/١٨، الطعن رقم ١٤/٥٢ ق القواعد القانونية لمحكمة النقض في ٢٥ سنة ج ٢، ص ٧٥٣، بند ١٣٠.

وانظر في هذا المعنى ذاته: نقض مدني في ١٩٧٧/١/١١، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س ٢٨، ص ٢١٧، رقم ٤٩.

[٢] نقض مدني في ٣ مارس ١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، المكتب الفني، س ٢١، قاعدة ٦٣، ص ٣٨٩.

أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ، وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزولا عن الطلب الأخر، فإن هذا الذي قررته المحكمة هو صحيح في القانون[١]".

كما قضت أيضا بأن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه متى كان المتعاقدان قد اتفقا في عقد البيع على أن يكون مفسوخا في حالة تأخر المشترى عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو حكم من القضاء فإن العقد ينفسخ بمجرد التأخير عملا بنص المادة (١٥٨ مدني) ولا يلزم أن يصدر حكم بالفسخ، كما لا ينال من إعمال أثره أن يكون لصاحبه الخيار بينه وبين التنفيذ العينى إذ يبقى له الخيار بين إعمال أثره وبين المطالبة بهذا التنفيذ[٢]".

وبالقياس على ذلك فإن الدائن إذا طالب بالتنفيذ العيني، يبقى له الحق في رفع دعوى بالفسخ. أما إذا رفع دعواه بفسخ العقد فلا يبدو ممكنا أن يطلب التنفيذ بعد ذلك سواء أكان ذلك بصورة أصلية أم احتياطية[٣].

---

[١] نقض مدني في ١٩٥٢/١٢/٢٥، طعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠ ق، مشار إليه في عبد الحميد الشواربي: فسخ العقد، منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص ١٤٨، تحت رقم ٣٧.

[٢] نقض مدني في ١١ مايو سنة ١٩٩٤، مج أحكام النقض، س ٤٥، الجزء الأول، ص ٨١٨، رقم ١٥٦.

[٣] انظر في ذلك: عبد الحي حجازي: في مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، السنة الأولى، ١٩٥٩، ص ١٣٩، والسنة الثانية، ١٩٦٠، ص ١.

وعلى العكس من ذلك، وطبقا لمقتضيات الأمانة والصدق، فقد قضى بأن واقعة منح المدين مهلة إضافية للتنفيذ تتضمن - بذاتها - تنازلا عن الحق في متابعة دعوى فسخ العقد، أثناء هذه المهلة(١).

وقد يكون التنازل سابقا على وقوع التقصير والأخذ بصحة التنازل المسبق يتطلب إرادة معبر عنها بشكل صريح وليس به غموض ولا يكفي معه وجود إرادة مبهمة يثور شك حول مقصود التعبير عنها. كما يظل أمرا احتماليا استنتاج تنازل الدائن عن دعوى الفسخ من وقائع مادية أو تصرفات أتاها، دون أن تؤدى - على وجه اليقين - إلى الاستدلال عن أرادته ورغبته.

وتطرح المشكلة - على وجه الخصوص - بالنسبة للشروط الجزائية

---

(١) انظر عكس ذلك: محمد حسين منصور: دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ١٠٢. وقد أشار إلى حكم لمحكمة النقض لتأييد رأيه جاء فيه: "..... كما دلل الحكم المطعون فيه على رغبة المطعون ضدهم في إعمال الشرط الفاسخ الصريح دون التنفيذ العيني بإقامتهم دعوى الفسخ، وإذ كان استخلاص الحكم على النحو السالف سائغا وتحتمله عبارات العقد ويكفى لحمل قضائه، فإنه يتضمن كذلك الرد المسقط لما أثاره الطاعن في دفاعه عن عدم قيام الشرط الصريح الفاسخ ومن تنازل المطعون ضدهم عن التمسك به لتراخيهم في رفع الدعوى، ومن ثم يكون النص على الحكم بهذين السببين على غير أساس.
نقض ١٩٨٤/٣/٢٠، طعن ١٦٣٩، لسنة ٥٠ ق.
وفى الحقيقة أن التراخي في رفع دعوى الفسخ لا يستنتج منه تسامح الدائن ومنحه المدين أجلا للتنفيذ، إذ يتطلب ذلك التعبير الصريح من جانب الدائن. وبذلك يكون هذا الحكم قد جاء صحيحا في سياق عدم تفسير التراخي في رفع الدعوى على أنه منح مهلة للمدين من جانب الدائن.

والشروط الفاسخة الصريحة، إذ ما زالت المحاكم صامتة عن الاعتراف بأن التنازل عن الفسخ القضائي يمكن أن ينتج ضمنيا عن البنود التي لا تتضمن مباشرة هذا التنازل، ومنها البنوذ المتعلقة بنوعي الشروط المذكورة،

النوع الأول من هذه الشروط هو الشروط الجزائية، وهى عبارة عن البنود التي ترد في العقود وتنظم اتفاق الأطراف مقدما على مقدار التعويض المستحق عند الإخلال بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، وإلى ذلك تشير المادة (٢٢٣ مدني مصري) بالقول: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق"،

ولا يعنى مجرد وجود الشرط الجزائي في العقد، تنازل الدائن عن حقه في المطالبة بالفسخ في حالة عدم التنفيذ، إذ عن طريق التحديد المسبق وبطريقة جزافية للتعويض المستحق من المدين في حالة عدم تنفيذ العقد، يكون الأطراف قد ارتضوا تقوية حقوق الدائن ودعمها لا إضعافها والتقليل منها، مما يتطلب عدم حرمانه من الاستفادة من الجزاءات المقررة طبقا للقواعد العامة، وأيضا، بما أن الدائن يملك رفض التمسك بالشرط الجزائي، من أجل المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام، فإن من المتعين أن يملك سلطة طلب فسخ العقد، على الرغم من وجود الشرط الجزائى،

أما بالنسبة للشرط الفاسخ الصريح، وهو اتفاق الأطراف مسبقا

على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بشرط إعذار المدين ما لم يتفق الأطراف صراحة على الإعفاء من الإعذار[١]، فإن الموقف السابق من الشروط الأولى يؤدى إلى القول بأن الاحتفاظ بسلطة الفسخ من جانب واحد لا يشكل عقبة أمام الحق في طلب الفسخ القضائي للعقد.

بل إن التنازل عن التمسك بإعمال الشرط الفاسخ الصريح، لا يمنع الدائن من رفع دعوى الفسخ، وفى ذلك تقول محكمة النقض المصرية أن: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أنه إذا تضمن العقد شرطا صريحا فاسخا، فإنه يلزم حتى يفسخ العقد بقوته إن يثبت قيامه وعدم عدوله عن إعماله وتحقق الشرط الموجب لسريانه، فإن كان وقوع الفسخ مرتبطا بالتأخير في سداد قسط من الثمن في الموعد المحدد له، وتبين أن البائع أسقط حقه في استعمال الشرط الصريح الفاسخ المقرر لصالحه عند التأخير في سداد أقساط الثمن في مواعيدها، بقبوله، السداد بعد تلك المواعيد، أو بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد منبئا بذلك عن تنازله عن إعمال الشرط الصريح الفاسخ، فإن تمسكه بهذا الشرط من بعد ذلك لا يكون مقبولا، ولا يبقى له - عند التأخير في سداد ما تبقى من أقساط الثمن - سوى التمسك بالفسخ القضائي طبقا للمادة (١٥٧ مدني)، وفى هذه الحالة يكون أمر الفسخ خاضعا لتقدير محكمة الموضوع،

---

[١] المادة ١٥٨ مدني مصرى.

يشترط للقضاء به أن يظل المشترى متخلفا عن الوفاء حتى صدور الحكم في الدعوى"[١].

ونشير هنا إلى المادة (٥٦٥ مدني) التي أعطت الحق للمستأجر في رفع دعوى الفسخ حتى ولو كان قد تنازل عن هذا الحق متى كانت العين المؤجرة في حالة من شأنها أن تعرض صحة المستأجر أو من يعيشون معه أو مستخدميه أو عماله لخطر جسيم.

أحكام الفسخ القضائي :

أ- الفسخ حق اختياري للمتعاقد فله أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه[٢] وليس للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

ب- الحكم بالفسخ أمر تقديري للقاضي، وله أن يمنح المتعاقد أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك، فيقضى مثلا بأن العقد يفسخ إذا لم يوف بالأجرة في ظرف كذا ..... كما له أن يرفض الفسخ إذا

---

[١] نقض مدني في ٢٢ يونيه سنة ١٩٩٤، مج أحكام النقض، س ٤٥، ج ٢، ص ١٠٩٢، رقم ٢٠٧.

[٢] انظر نقض مدني في ١١ ديسمبر ١٩٧٩، مج أحكام النقض، س ٣٠، عدد ٣، ص ٢٢٤، رقم ٢٨٠.

وقد جاء فيه أن: "الفسخ يعتبر واقعا في العقد الملزم للجانبين باستحالة تنفيذه ويكون التنفيذ مستحيلا على البائع بخروج المبيع من ملكه، كما يعتبر الفسخ مطلوبا ضمنا في حالة طلب المشترى رد الثمن تأسيسا على إخلال البائع بالتزامه بنقل ملكية المبيع إليه، وذلك للتلازم بين طلب رد الثمن والفسخ".

كان الجزء الباقي من الأجرة قليل الأهمية بالنسبة للأجرة في جملتها، ويجب في كل الأحوال أن يسبب القاضي حكمه بالفسخ أو بعدمه تسبيبا كافيا[١].

ج- الأصل أنه إذا فسخ العقد تعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، إلا أنه يستثنى من ذلك العقود التي يمتد تنفيذها مع الزمن ومنها عقد الإيجار، إذ يقتصر الفسخ على المستقبل وذلك لاستحالة رد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وبخاصة بالنسبة للمستأجر، فإذا كان في الإمكان رد الأجرة التي حصل عليها المؤجر، فإن من الصعب مطالبة المستأجر برد المنفعة التي حصل عليها من العين المؤجرة خلال الفترة المنصرمة من العقد. ولا يمكن تقدير تعويض يتناسب بشكل دقيق مع هذه المنفعة.

د- والحكم الصادر في دعوى الفسخ يقبل الطعن عليه بكل طرقه الممكنة والتي تتحدد بنصاب الدعوى والمحكمة التي تنظرها. فإذا كان الحكم صادرا من المحكمة الجزئية وفي حدود نصابها النهائي، يطعن فيه أمام الاستئناف وكذلك الحكم الصادر من

---

(١) وقضت في ذلك محكمة النقض بأن: "الحكم يكون معيبا بالقصور في التسبيب إذا قضى بفسخ عقد البيع وبرد ما دفعه المشتريان من الثمن دون أن يبين ما إذا كان الطاعنان - البائعان المقضي ضدهما بالفسخ، قد أخلا بالتزاماتهما الناشئة عن ذلك العقد إخلالا يستوجب الفسخ". نقض مدني في ٢٣ فبراير سنة ١٩٧٥، مج أحكام النقض، س ٢٦، ص ٤٥٧، رقم ٩٣.

المحكمة الابتدائية، بينما الحكم الصادر من المحكمة الجزئية فإنه يطعن فيه أمام المحكمة الابتدائية[١].

---

[١] بعكس الوضع في القانون الكويتي مثلا الذي نص في المادة ٢٦ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ على أن: "...... ولا يجوز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى بطريق الاستئناف إلا بسبب الخطأ في تطبيق القانون أو في تأويله أو إذا وقع بطلان في الحكم أو في الإجراءات أثر في الحكم. وعلى ذلك فقد جعل المشرع الكويتي الأحكام الصادرة في المنازعات الإيجارية هي أحكام انتهائية ولا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن إلا بالاستئناف، بشرط أن يكون هناك خطأ في تطبيق القانون أو في تفسيره، أو إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أو وقع البطلان في الأخير نفسه. ومعنى ذلك أن المشرع جعل من محكمة الاستئناف بالنسبة للمنازعات الإيجارية محكمة قانون وليست محكمة موضوع. وكذلك لا يمكن الطعن في الأحكام الصادرة فيها لأسباب موضوعية وإنما يجوز ذلك إذا كان هناك سبب من الأسباب الأربعة التي ذكرتهم المادة على سبيل الحصر. وطالما أن هذه الأسباب جميعها قانونية، فإن محكمة الاستئناف تقوم بالنسبة للمنازعات الإيجارية - بذات الدور الذي تقوم به محكمة التمييز في المنازعات عامة. ولهذا كان طبيعيا النص على عدم جواز الطعن بطريق التمييز في الأحكام الصادرة بالاستئناف، بل حتى ولو لم يكن هناك نص على ذلك لكان الواقع العملي سيفرضه.

وقد جعل المشرع ميعاد الطعن بالاستئناف هو (١٥) يوما من صدور الحكم من دائرة الإيجارات وليس من تاريخ إعلانه، وهذه مدة أقصر من مدة الاستئناف في الدعاوى العادية وهى (٤٠) يوما. فقد نظر المشرع إلى المنازعات الإيجارية على أنها دعاوى مستعجلة ولذلك أعطاها ميعاد استئناف المواد المستعجلة. وقد قضت في ذلك محكمة الاستئناف الكويتية بالقول: "وحيث أنه عن الدفع المبدي من المستأنف عليها بسقوط الحق في الاستئناف فإن الدفع في محله ذلك أن البين من الأوراق أن الحكم المستأنف قد صدر حضوريا بتاريخ ١٩٩٥/١٢/٢٦ ولم يطعن عليه المستأنف إلا بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٤ أي بعد فوات مدة الخمسة عشر يوما المقررة في المادة ٢٦ من المرسوم بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ في=

النوع الثاني : الفسخ بقوة القانون :

ينفسخ العقد من تلقاء نفسه إذا استحال تنفيذ التزام أحد الطرفين، كأن يكون ملتزما بتسليم شيء ثم هلك، وبناء على ذلك تنقضي التزامات الطرف الآخر دون حاجة إلى إعذار أو حكم قضائي، ولكن ليس معنى هذا أن القضاء يكون بمنأى عن العقد، بل قد يترافع الطرفان أمام القاضي لإثبات استحالة التنفيذ، فعلى القاضي أن يستوثق من هذه الواقعة، ومتى وضحت له حكم بالفسخ، وليس له خيار في ذلك.

فإذا لم يقم المستأجر بتسلم العين المؤجرة بعد أن هيأها له المؤجر، فلا يعتبر العقد مفسوخا بقوة القانون وإنما يتعين على المؤجر إتباع القواعد العامة فيعذر المستأجر لتسلم العين ثم يرفع الدعوى للحصول

=شأن إيجار العقارات، ومن ثم يكون حق المستأنف في الطعن بالاستئناف قد سقط وهو ما تقضي به هذه المحكمة وذلك على هدى من نص المادة ١٢٩ من قانون المرافعات ...".

ويلاحظ أن المشرع قد عدل الفقرة الرابعة من المادة ٢٦ بالمرسوم بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٤ وتطلب التعديل أن يبادر المحكوم عليه عند تقديم صحيفة الاستئناف بإيداع الأجرة المحكوم بها خزينة إدارة التنفيذ واعتبر ذلك شرطا لقبول إدارة الكتاب صحيفة الاستئناف.

أضاف تعديل ٨ لسنة ١٩٩٤ أربع مواد جديدة بأرقام ٢٦ مكرر، أ، ب، ج. وبمقتضاها أصبح جائزا للمؤجر استصدار أمر أداء بالأجرة المستحقة إذا اقتصرت مطالبته عليها، كما أصبح من الجائز أيضا إعلان الأمر بنفس الطريقة المنصوص عليها في المادة ٢٥ منه، وجعل التعديل مدة التظلم من هذا الأمر عشرة أيام فقط، وتطلب قيام المتظلم بإيداع كفالة قدرها خمسون دينارا لقبول تظلمه، وذلك كدليل على الجدية فيه. فإذا أصبح الحكم الصادر في التظلم نهائيا فقد الكفالة.

على حكم بالفسخ.

ولا يمنع الفسخ من الحكم بتعويض إذا كانت الاستحالة من فعل المدين ذاته.

أما إذا كانت بقوة قاهرة مثلا فلا تعويض، وإنما يكتفي بسقوط الالتزام المقابل، وهنا تطبق أحكام تبعة الهلاك.

النوع الثالث : الفسخ الاتفاقي :

نصت المادة (١٥٨ مدني) على أن: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه":.

فعندما يتفق المتعاقدان على أن يقع الفسخ إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه كله أو بعضه فإن وقوع الفسخ يكون بغير إعذار أو حكم قضائي فهنا يقع الفسخ حتما، فإذا تنازع الطرفان إلى القاضي وجب عليه أن يقضى به، أي أن سلطته هنا مقيدة وليس له منح المدين أجلا[1].

---

[1] وفى ذلك قضت محكمة النقض: "إن الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو إعذار عند تخلف المشترى عن سداد أي قسط من أقساط باقي الثمن في ميعاده من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ وحسبه أن يتحقق من توافر شروطه.

نقض مدني في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٨١، مج أحكام النقض، س ٣٢، ص ٢٠٥٣، رقم ٢٧١.

فإذا اتفقا على أن الفسخ يكون بعد الإعذار لم يجيز الحكم به إلا بعد هذا الإعذار، وقد لا يُحتاج أحد المتعاقدين إلى رفع دعوى الفسخ وذلك في حالة النص صراحة في العقد على أن يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه بمجرد التأخر في الوفاء بالتزام معين دون حاجة إلى إعذار أو حكم قضائي (١).

ويعبر عن ذلك بالشرط الفاسخ الصريح، ويشترط للتمسك بهذا الشرط أن يكون مدرجا في العقد، الذي يتعين أن يكون مكتوبا، ولذلك فإن عدم كتابة هذا الشرط تجعل من الصعب على من يريد التمسك به إثباته، إذ أن الشرط الشفوي غالبا ما لا يعتد به وبخاصة أمام قاضي الأمور المستعجلة، إذ يحتاج في ذلك لبحث موضوعي في العقد وأركانه والتحقق من بنوده بكافة طرق الإثبات، وهو ما يخرج عن نطاق عمل القاضي المستعجل.

وليس بشرط أن يكون النص صريحا على الشرط الفاسخ الصريح، وإنما يمكن استنتاجه ضمنيا بإثبات انصراف نية المتعاقدين إلى وقوع الفسخ في حالة تقصير أحدهم في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه.

---

(١) وقضت في ذلك محكمة النقض بأن: "فسخ العقد بحكم الشرط الفاسخ الصريح يقع حتما بمجرد إخلال المدين بالالتزام الذي يترتب عليه الفسخ ولا يقتضى رفع دعوى لطلبه أو صدور حكم به ويكفى أن يتمسك به الدائن في مواجهة المدين وللمحكمة أن تقرر أنه حصل بالفعل بناء على دفع البائع بالفسخ في أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى".

نقض مدني في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٢، مج أحكام النقض، س ٣٣، ص ٥٦٦، رقم ١٠٢.

وقد قضت محكمة النقض بأن: "المقرر في قضاء محكمة النقض أن الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم من القضاء عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة يترتب عليه الفسخ حتما بمجرد تحقق الشرط دون حاجة لرفع دعوى بالفسخ، إذ يقع هذا الفسخ الاتفاقي بمجرد إعلان الدائن رغبته في ذلك دون حاجة إلى رفع دعوى بالفسخ أو صدور حكم به. فإذا ما لجأ الدائن إلى القضاء فإن حكمه يكون مقررا للفسخ ولا يملك القاضي معه إمهال المدين لتنفيذ التزامه ولا يستطيع المدين أن يتفادى الفسخ بسداد المستحق عليه بعد إقامة دعوى الفسخ إذ ليس من شأن هذا السداد أن يعيد العقد بعد انفساخه إلا أنه يتعين أن تكون صفة هذا الاتفاق صريحة الدلالة على وقوع الفسخ عند تحققه بلا حاجة إلى تنبيه أو إنذار ..."[١].

ويلاحظ أنه إذا أراد المؤجر مثلاً اللجوء إلى القضاء المستعجل طالبا الحكم بطرد المستأجر من العين المؤجرة لتقصيره في تنفيذ التزاماته، فإن عليه قبل رفع الدعوى المستعجلة، أن ينبه المستأجر إلى التقصير الذي وقع منه كالتنبيه عليه بضرورة دفع الأجرة المستحقة عليه والمتأخر في سدادها، وإلا رفع الأمر إلى القضاء المستعجل لطرده. وتنبيه المستأجر هنا ضروري ولا يجوز الاتفاق بين الطرفين على الإعفاء منه

---

[١] نقض مدني في ١٣ مايو ١٩٩٣، مج أحكام النقض، س ٤٤، الجزء الثاني، ص ٣٩٥، رقم ٢٠٣.

وذلك لتعلقه بالنظام العام ويجب احترامه على الرغم من وجود النص الصريح الفاسخ في العقد[١]. ولا بد أن يوضح الإنذار الموجه إلى المستأجر رغبة المؤجر في فسخ العقد إذا لم يقم بالتنفيذ أو بأداء الأجرة المتأخر في سدادها، فإذا لم يتضمن الإنذار ذلك، أصبح القضاء المستعجل غير مختص[٢]. أما الحالة التي يجوز فيها الاتفاق على عدم الالتزام بالإعذار، فيؤخذ بها عند رفع دعوى موضوعية بالفسخ أمام القضاء العادي المختص.

---

(١) المستشار/ مصطفى مجدي هرجه: المشكلات العملية في فسخ عقد الإيجار، المكتبة القانونية، ١٩٩٦، ص ١٥٤.

(٢) وقد قضت في ذلك محكمة النقض: "٠٠٠٠ ولما كان البادي من مطالعة الإنذار المرسل من المستأنفين إلى المستأنف عليها، أنه لم يتضمن سوى إنذارها بفسخ العقد والتسليم دون أن يتضمن دفع الأجرة المتأخرة، ومن ثم تستشف المحكمة عدم تحقق الشرط الفاسخ الصريح ٠٠٠٠ كما وإن فسخ عقد التداعي معلق على شرط إرسال التنبيه بدفع الأجرة المتأخرة وهو الأمر الذي لم يتضمنه التنبيه، الأمر الذي تكون معه المطالبة بإخلاء العين محلا موضوعيا، يخرج عن نطاق اختصاص القضاء المستعجل، ويتعين عليه أن يقضى بعدم اختصاصه نوعيا بنظر الدعوى٠

الدعوى رقم ٤ لسنة ١٩٧٩، مستأنف مستعجل جلسة ١٩٧٩/٤/٢٥، مشار إليه في مستشار/ مصطفى هرجة: المشكلات العملية، المرجع السابق، ص ١٥٤.

المبحث الثاني

المسئولية العقدية

تثور المسئولية العقدية – عادة – عند مخالفة التزام مصدره العقد، بمعني أنه عندما لا يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو أحدها أو يتأخر في التنفيذ أو يقوم به بشكل سيء أو جزئي، فهنا يشير الفقه إلي حق المتعاقد الذي تم التقصير في مواجهته في إثارة قواعد المسئولية العقدية.

وقبل التعرض لعناصر المسئولية العقدية كما يراها الفقه التقليدي والرؤية الجديدة لهذه العناصر، يتعين استعراض الفوارق الموجودة بين نوعي المسئولية المدنية (العقدية، التقصيرية) ومناقشة فكرة مدي جواز الجمع بين النوعين أو الخيرة بينهما وبيان ما إذا كان في الإمكان التفكير في نوع ثالث من المسئولية المدنية، وذلك كله في الفروع التالية.

المطلب الأول

الفوارق الأساسية بين نوعي المسئولية

شغلت التفرقة بين المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية الأذهان زمناً طويلاً، بل ومازال التفكير بشأن هذه التفرقة قائماً اليوم، بحيث نجد الآراء الفقهية في شد وجذب إلي هذا النوع أو ذاك، ومنها ما يحاول رفض التفرقة وهدم أساسها مرتأياً في المسئولية وحدتها من حيث الفعل المنشئ لها والأثر المترتب عليها. وذلك انطلاقاً من معتقدات قديمة أو أفكار فلسفية أو دوافع عملية دعت إليها الغاية من المسئولية عموماً، وأياً كان نوعها، وهي الإقرار للمضرور فيها بالحق في التعويض المناسب. وقد كان هذا الجانب من المسئولية (المضرور) هو الزاوية الأساسية التي ركز عليها بعض الفقه في تعريفه للمسئولية، مغلباً إياه علي جوانبها الأخرى مثل الخطأ أو الفعل الضار وعلاقة السببية[١].

ونشير إلي أنه في حالات ليست بالقليلة تقترب فيها الحدود الفاصلة بين نوعي المسئولية وتخف فيها حدة التفرقة بينهما، وهذا ما دعي بعض الفقه إلي التوجه نحو القول بوحدة المسئولية من حيث أساسها وأثرها، وإنكار الازدواجية أو الثنائية التي يري البعض أنها تقوم علي أسس

---

[١] انظر في تعريف المسئولية المدنية :

M. M. Mazeaud. Traitre théorique et pratique de la responsabilité 4^eme No 3

DEPAGE. Traite élémentaire de droit civil. 1967. Tome. 11. No 904.

خيالية مصطنعة. ولكن – وعلي الرغم من ذلك – فمازالت تلك التفرقة – قائمة في أذهان الفقهاء وآرائهم وفي أحكام القضاة واجتهاداتهم. وفي بعض نصوص القانون وقواعده، وهو ما يفرض علينا عرض الفروق التي يراها الفقه بين المسئولية التقصيرية والمسئولية العقدية، لنري منها ما ظل محافظاً علي التفرقة باعتباره دليلاً عليها، ومنها ما أدي التطور الطبيعي للقانون ومشاكله إلي تلاشيه أو التقليل من أهميته كعنصر للتفرقة، وهذا أمر منطقي، فالقانون عموماً هو مرآة المجتمع العاكسة لمشاكله والمجسدة لآماله وطموحاته المشروعة، وهي لن تكون كذلك إلا إذا كانت في إطار القانون، ويشير بعض الفقه إلي "أن ازدواجية نظام المسئولية المدنية مسألة حقيقية، فهناك فروق تفصل بينهما، ولكنها أقل مما نعتقد أو ندعي"(١).

الفارق الأول : يكمن في عبء الإثبات :

حيث يذهب الفقه التقليدي إلي أن هذا العبء يقع علي عاتق المدين في المسئولية العقدية، بينما يقع علي عاتق الدائن (المضرور) في المسئولية التقصيرية التي تقوم علي مخالفة الواجب العام الملقي علي عاتق كل فرد بعدم إلحاق الأذى بالآخرين، أي المسئولية التي تثير المادة (١٦٣مدني مصري)، (١٣٨٢ مدني فرنسي)، بينما يقع عبء الإثبات

---

(١) RODIERE. Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité 1ere Partie – la réalité de la distinction entre la responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. J. C. P. 1950. 1, 861.

علي عاتق المدين (الفاعل) فيما يتعلق بالمسئولية العقدية التي تقوم بمخالفة التزامات قانونية محددة، والتي نظمتها المواد (١٧٣ مدني مصري) وما بعدها والمادة (١٣٨٤) بفقراتها المختلفة مدني فرنسي، فالمقصر في تنفيذ هذه الالتزامات المحددة لا يمكنه نفي الخطأ لأنه مفترض وإنما يستطيع إثبات السبب الأجنبي الذي يعزي إليه وقوع الضرر. ويعفيه – بالتالي – من المسئولية. فالشخص المكلف بالإثبات يختلف – وفقاً للفقه التقليدي – في كل من نوعي المسئولية وهذا ما يعد فارقاً أساسياً بينهما.

وفي الحقيقية، أن هذا الكلام إذا استقام في حالات فإنه قد لا يكون كذلك في أخرى. وإذا كان الفقه في معظمه قد تبناه، فإن الأمر لا يخلو من معارضين له أو من وجود آراء فقهية مخالفة. وقد يكمن الخلاف في زاوية أنه ليس بالضرورة أن يكون المكلف بعبء الإثبات في العقدية هو دائماً المدين، كما أنه ليس بشرط أن يقع عبء الإثبات في التقصيرية علي عاتق الدائن. بل قد توجد حالات – في إطار العلاقة العقدية – يكون فيها علي الدائن إثبات تقصير المدين بالالتزام في التنفيذ. ويشير الفقه إلي ذلك، بالقول بأنه "في إطار الالتزامات العقدية بالامتناع عن عمل، فإن الدائن بالالتزام هو الذي عليه إثبات الفعل الذي تمت به مخالفة الالتزام، ولا يمكن القول بأن عبء الإثبات يقع علي عاتق المدين العقدي"[1]، فلا يعقل أن يكلف المدين بالتزام سلبي وهو الامتناع أن يقيم الدليل علي

---

(١) RODIERE. Op. cit. No 2.

الواقعة المادية أو الفعل الإيجابي الذي أتاه بالمخالفة للالتزام، وإنما المنطق يقودنا إلي أن الدائن هو المطلوب منه التدليل علي هذه الواقعة أو ذلك الفعل ليثبت تقصير المدين(١).

وفي عقد العارية، وإذا نظرنا إلي التزام المستفيد برد الشيء بعد انتهاء مدة العقد علي أنه التزام بالحرص وأخذ الحيطة وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، بصرف النظر عن سلوك المستعير في شئونه الخاصة، أي سواء أكان رجلاً حريصاً أم مهملاً، فإن المطلوب منه بذل العناية التي يبذلها الرجل المعتاد في حفظ الشيء المعار والعناية به، كما يلزم برده بالحالة التي كان عليها وقت الاستعارة، ونتيجة لذلك، فإن عبء إثبات التقصير في بذل هذه العناية يقع علي عاتق الدائن بالالتزام وهو مالك الشيء المستعار، لأن عبء إثبات عدم تنفيذ الالتزام بالعناية أو بالوسيلة يقع علي عاتق الدائن به وفقاً للنظرية التقليدية في تقسيم الالتزامات إلي التزام بنتيجة وآخر بوسيلة. وهذا ما يعد مثالاً للخروج علي قاعدة أن المكلف بعبء الإثبات في الإطار العقدي هو المدين بالالتزام. ويمكن أن يقاس علي ذلك الالتزام المودع لديه بالمحافظة علي الشيء المودع ورده عند طلبه من جانب المودع(٢،٣).

---

(١) PLANIOL. Traite élémentaire de droit civil. 11. No 873 et s.

(٢) عرفت المادة ٦٣٥ مدني العارية بأنها "عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك، يستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين علي أن يرده بعد الاستعمال.

(٣) عرفت المادة ٧١٨ مدني معني الوديعة بأنها "عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر علي أن يتولي حفظ هذا الشيء وعلي أن يرده عيناً".

والخلاصة فيما يتعلق بعبء الإثبات، كفارق بين المسئولية العقدية والتقصيرية، أنه إذا كان يعد كذلك في حالات، فإنه قد يعجز عنه في حالات أخرى، مما يؤدي إلي القول بأنه لا يصلح لأن يكون معياراً للتمييز بينهما أو – علي الأقل – لا يمكن الاعتماد عليه وحده للقيام بهذه المهمة وإنما ينبغي أن تنضم إليه عناصر ومعايير أخرى.

هذا كله، إذا كان هناك إصرار علي التمسك بالتفرقة التقليدية بين نوعي المسئولية، ولم يشأ الفقه أن يطور نفسه، ويملك الشجاعة والقدرة علي هجرها والاتجاه نحو الوحدة في المسئولية، بما يترتب علي ذلك من قلة الاهتمام بمثل هذه المعايير، لكي ينصب الاهتمام ويكون الشغل الشاغل هو إزالة أثر المسئولية من خلال تقرير تعويض شامل ومناسب للمضرور به يجبر ما ألم به من أضرار أو يخفف من وطأتها ؟؟ وإذا أراد الفقه خطوة وسطي بين الإبقاء علي التفرقة وهجرها، فقد يجدها في التوسع من نطاق تطبيق المسئولية العامة وهي المسئولية التقصيرية علي حساب المسئولية الخاصة وهي العقدية. وقد يجد له معيناً علي ذلك في القول بأن عبء الإثبات دائماً ما يقع علي الدائن، بحيث لا يقتصر دوره في كل الحالات علي مجرد الادعاء أو المطالبة، وإنما يصبح أكثر إيجابية من خلال إقامة الدليل علي تقصير المدين سواء أكان عقدياً أم تقصيرياً.

وفي المقابل، فإننا يجب أن نخفف من وطأة عبء الإثبات علي

الدائن، بحيث يمكنه الاستفادة من الأوضاع الظاهرة ومن القرائن القائمة والظروف المحيطة التي في صالحه، فإذا تمسك بأحد مما سبق، فإن هذا قد يكفيه ليأتي الدور علي المدين، الذي يكون في إمكانه استخدام كل الوسائل للدفاع عن نفسه ونفي التقصير عنه.

ويمكن دعم هذه الخطوة من خلال إتباع الفلسفة ذاتها في عناصر التفرقة الأخرى وبخاصة إذا كان هذا الدعم سيكون في مصلحة الطرف الضعيف.

وبمناسبة الحديث عن عبء الإثبات ، وبالنظر إليه علي أنه أحد الفوارق بين المسئولية التقصيرية والعقدية، وأحد الدوافع إلي ظهور التقسيمات المختلفة للالتزامات عموماً بصرف النظر عن مصدرها أو طبيعتها، فقد يكون من الأفضل طرح تقسيم موازي للتقسيم المشهور للالتزامات إلي التزام بنتيجة وآخر بوسيلة، إن لم يحل محله.

يقوم هذا التقسيم أساساً علي نوع التقصير في تنفيذ الالتزام وحجم هذا التقصير وبخاصة فيما يتعلق بمعرفة الشخص المكلف بإثبات هذا التقصير، إذ من المعلوم أنه حتى يقوم التقصير لا بد من توافر الخطأ المتمثل في عدم التنفيذ الكلي للالتزام أي في التنفيذ السيئ له. وهذا يقتضي تحديد من يقوم بإثبات ذلك هل هو المدين (الفاعل) أم هو الدائن، وليتم ذلك يكون من الضروري تحديد نطاق وطبيعة الالتزام المخالف. ولما كان الأمر مرتبطاً بعبء الإثبات، فقد يتوافر قدر من الدقة في تقسيم

آخر، ويتعلق بالبحث عما إذا كان هناك عدم تنفيذ كلي للالتـزام بالقيـام بعمل أو بإعطاء شيء أن هناك عدم تنفيذ جزئي للالتزام أو تنفيذاً سـيئاً له، ويدخل في الحالة الأخيرة الالتزام بالامتناع عن عمل.

الحالة الأولي : وهي التي تتعلق بعدم التنفيذ الكلي للالتزام الإيجابي بالقيام بعمل أو بإعطاء شيء[١] :

فبالنسبة لهذه الأعباء الملقاة علي عاتق شخص لصالح آخر، سـواء بنص القانون أو طبقاً للاتفاق فإن الدائن يكفيه إثبـات وجـود التزامـه للحصول علي التعويض عن عدم التنفيذ الكلي لهذه الأعباء. ويقع عـبء الإثبات في هذه الحالة علي المدين إذ عليه أن يثبت أداءه لما عليه مـن التزامات، أو يثبت أن هناك سبباً أجنبياً (قوة قاهرة) منعه مـن تنفيـذها وليس له دخل فيه ولم يكن في إمكانه دفعه بالوسائل المتاحة لديـه ولـم يمكنه التحكم في الظروف الخارجية التي أعاقت الأداء. فإذا أثبت ذلـك أعفي من المسئولية ويعتبر هذا الكلام نتيجة مباشرة لتطبيـق نصـوص القانون المدني في هذا الصدد[٢]. والأمثلة علي هذه الحالة الأولي كثيـرة

---

(١) SEGUR (L.) la notion de faute contractuelle en droit Français. The BORDEAUX. 1954. P. 53.

(٢) المادة ١٣١٥ مدني فرنسي وجاء نصها كالتالي :

Celui qui réclame l'inexécution d'une obligation doit la prouver Réciproquement. Celui que se prétend libère doit justifier le paiment ou le fait qui a prodiut l'extinction de son obligation.

انظر قريباً من ذلك المادة ٢١٥ مصري.

نذكر منها عقد النقل فالمسافر يثبت وجود العقد بينه وبين الناقل ويثبت كذلك عدم تنفيذ الالتزام بعدم وصوله إلي المكان المراد أو يثبت صاحب الأشياء عدم وصولها إلي المرسل إليه. وعلي الناقل إذا أراد التخلص من المسئولية أن يثبت تنفيذه للالتزام كما لو قدم إيصالاً من المرسل إليه يدل علي تسلم الأشياء المرسلة. أو يثبت أن القوة القاهرة هي التي منعته من التنفيذ كسرقة السيارة قبل اليوم المحدد للتنفيذ مثلاً.

وليس كما ذهب البعض(١) أن المسافر هو المكلف بالإثبات حتى يحصل علي التعويض. إذ يتضح من التحديد الذي ساقه هذا البعض أن الأمر لا يتعلق بعدم تنفيذ كلي للالتزام وإنما يتعلق بتنفيذ سيء له كوصول المسافر مثلاً مصاباً إلي المكان المطلوب أو وصول البضاعة أو الأشياء المنقولة عموماً إلي مكان الوصول وبها عطب أو تلف(٢).

---

(١) JOSSERAND cour de droit positif Français. T. 11. No. 617.

(٢) ويلاحظ أيضاً أنه لا يعتبر عدم تنفيذ كلي للالتزام وصول البضاعة أو المسافر متأخراً وإنما يعتبر تنفيذاً معيباً للالتزام إذ يعتبر التأخير عيباً في التنفيذ وليس تخلفاً له وبذلك فإن المدين لا يسأل هنا عن عدم التنفيذ وإنما يسأل عن الضرر الذي لحق بالمسافر أو بالأشياء من جراء التأخير وإذا لم يوجد ذلك الضرر فإن مسئوليته لا تقوم.

انظر عكس ذلك :

Cass-Civ. 20-6-1922. D. 1923. 1. 209.

الحالة الثانية : وهي المتعلقة بالتنفيذ الجزئي للالتزام أو بالتنفيذ المعيب له :

في هذه الحالة تبدو الالتزامات وكأنها نفذت ولكن في حقيقة الأمر لا يوجد إلا تنفيذ جزئي أو أن الالتزام قد نفذ ولكن بطريقة معيبة وليس علي الوجه أو بالطريقة المتفق أو المنصوص عليها. فهنا يستطيع الدائن أن يثبت عكس هذا الظاهر بالتدليل علي أن الشيء الذي سلم أو العمل الذي تم لم يسلم أو ينفذ لا بالكيفية ولا بالكمية المتفق عليها في العقد. أي يثبت أن الالتزام من حيث كمه لم ينفذ كاملاً أو أن الالتزام من ناحية كيفه كان تنفيذه معيباً[1] أي أن عبء الإثبات هنا يقع علي عاتق الدائن لا المدين. ويعتبر هذا أمراً طبيعياً إذ من السهل علي الدائن أن يثبت نقص التنفيذ أو عيبه. ويعد هذا تطبيقاً مباشراً لنصوص القانون لأن "الدائن يقع عليه الإثبات في الحالة التي لم يتلق فيها إلا جزءاً من حقوقه أو في الحالة التي كان التنفيذ فيها سيئاً..."[2]. ومن الصعب علي المدين إثبات كمال التنفيذ وإتقانه. إذ غالباً ما لا تظهر الشكوى من التنفيذ إلا بعد وضع النتائج بين يدي الدائن الذي يتميز بأن ما ينتقده هو في حوزته ويكون في إمكانه معرفة الفرق بين التنفيذ المثالي المطلوب أو المنصوص عليه والتنفيذ الواقع فعلاً، ففي عقد البيع مثلاً علي المشتري

---

(١) Segur op. cit. p. 54.

(٢) المادة ١٣١٥ من القانون المدني الفرنسي.

إثبات وجود العيوب الخفية حتى يتوصل إلي فسخ العقد[١]. وكذلك في عقد النقل – كما سبق – إذا تعلقت الشكوى بسوء تنفيذه كتلف البضاعة أو عطبها أو إصابة المسافر. فينبغي علي الدائن بالالتزام إثبات ذلك.

الحالة الثالثة : والمتعلقة بالمدين بالامتناع عن عمل :

ولهذا الالتزام طبيعة خاصة أدت إلي عدم خضوعه تحت الحالة الأولي وهي عدم التنفيذ الكلي للالتزام. فعندما يشكو الدائن من فعل إيجابي من جانب المدين فعليه أن يثبت ذلك الفعل فلا يكفي الدائن إثبات وجود الالتزام وإنما عليه إثبات الفعل المضاد للالتزام أي إثبات الواقعة الإيجابية التي خالف بها المدين التزامه بالامتناع. وكمثال علي ذلك الممثل الذي يتعهد لمدير مسرح بعدم التعاقد مع مسرح آخر خلال مدة زمنية معينة. ففي حالة المخالفة من جانب الممثل علي مدير المسرح أن يثبت أن هذا التعهد لم ينفذ بالتدليل علي الفعل الإيجابي من جانب الممثل والذي خالف به التعهد، إذ المدين لا يمكنه إثبات احترامه لتعهده. والأمر نفسه، بالنسبة لبائع المحل التجاري الذي يتعهد للمشتري خلال مدة زمنية محددة أو في دائرة معينة بعدم فتح محل تجاري مشابه للمحل المبيع فالدائن بالالتزام (المشتري) هو الذي يثبت المخالفة لهذا الشرط[٢].

---

(١) Cass-Civ. 27-7-1948. D. 1948-555.
Cass-Civ. 38-10-1947. D. 1947. 513.

(٢) TRIB – Comm. Narbonne 30-7-1950. D. 1950. 2, p. 772.

يتضح من الحالات الثلاث أن عبء الإثبات يقع دائماً علي الشخص القادر عليه والذي – بسبب ما يتوافر لديه من ظروف معينة – يملك العناصر الأساسية للإثبات وأدلته الرئيسية وهو بذلك تارة يكون الدائن وأخرى يكون المدين.

الفارق الثاني : بين نوعي المسئولية يكمن في نوع الخطأ :

إذ يذهب الفقه التقليدي إلي أنه في حين يكفي لقيام المسئولية التقصيرية وقوع خطأ ما أياً كانت قوته أو وصفه وحتى ولو كان يسيراً جداً، فإنه يجب لقيام المسئولية العقدية أن يكون الخطأ علي درجة من الأهمية، فيجب علي الأقل وقوع خطأ يسير في المسئولية العقدية، ولا يسأل المدين أبداً عن الخطأ اليسير جداً(١). ولكن الفقه الحديث قد هجر هذا العنصر من عناصر التفرقة(٢)، مرتأياً فيه خلطاً بين مضمون الالتزام وتقدير جسامة الخطأ، إذ أن المدين يلتزم عادة ببذل عناية الرجل المعتاد وقد تكون هذه هي العناية التي يبذلها في شئونه الخاصة، أو قد يتطلب منه في العقد أو يفرض عليه القانون بذل عناية أكبر، وإنما يعد أي تقصير منه في الأحوال كلها – خطأ يقيم مسئوليته، فالخطأ حتى في العقد لا يقوم علي أية درجة – فلكل فعل يكون – ولو في حده الأدنى –

---

(١) LAROMBIERE. Obligations. Art 1382. No 8.

(٢) BRUN. Rapports et domaines des responsabilité contra ctuelle et responsabilité délictuelle. 1931, No 18. Note. 2.

التزاماً فإن مخالفته تكون خطأ ويلزم المدين بإصلاح الضرر الناتج، فإذا كان المدين لا يلتزم إلا بالعناية التي يبذلها في شئونه وكان فيها مهملاً، فإن قصوره عن عناية الرجل العادي لا يقيم مسئوليته، ليس لأن الخطأ الذي أتاه بسيطاً جداً، وإنما لأنه لم يخل بأي التزام، وعلي ذلك يخضع تقدير الخطأ دائماً لقاعدة واحدة بدون حاجة إلي التفرقة بين خطأ بسبب مخالفة التزام ناتج عن العقد وذلك الناتج عن مخالفة التزام يأمر به القانون.

ومما دعم هذا الفقه الرافض لفكرة نوع الخطأ كمعيار للتفرقة أن المشرع نفسه قد تجاهلها، ولم يشأ – في نصوصه – أن يعلق قيام المسئولية العقدية علي توافر درجة معينة من الخطأ، بل إن التطور نفسه قد دفع إلي هجرة فكرة نوع الخطأ المؤدي للمسئولية، بصدد حالات تطبيقه، كانت لا تقوم فيها مسئولية المقصر عن أي خطأ، وإنما كان ينبغي توافر درجة معينة من الجسامة لتحققها، وهذه هي حالات المسئولية المهنية التي تقع علي عاتق أرباب المهن عند تقصيرهم في أداء التزاماتهم إلي عملائهم، فقد هجر الفقه والقضاء ومعهما المشرع اشتراط صفة معينة في خطأ المهني أو درجة فيه لقيام مسئوليته، وإنما أصبح الأمر علي أن كل خطأ يؤدي إلي تحققها.

الفارق الثالث : الإعذار :

تعلل الفقه التقليدي بالإعذار كفارق آخر بين المسئولية العقدية

والتقصيرية، فيشترط في الأولي - حتى تتحقق في جانب المـدين - أن يعذره الدائن طالباً منه تنفيذ الالتزام الواقع علي عاتقه، فإذا لم يقم بـذلك قامت مسئوليته والتزم بالتعويض، في حين أن الـدائن فـي المسـئولية التقصيرية ليس بحاجة لوضع مدينه في حالة إعذار وإنما تقوم مسـئولية الأخير بمجرد إتيان الفعل المخالف للقانون. ويشير الفقه إلي أن الإعذار لم يكن مطلوباً باستمرار في المسئولية العقدية وكان مطلوباً فـي بعـض حالات المسئولية التقصيرية، وهو ما يبدو عندما يؤخـذ فـي الاعتبـار الطابع الإصلاحي أو غير الإصلاحي للضرر الناتج والنظر باهتمام أقل إلي طبيعة قواعد المسئولية واجبة الإعمال والتطبيق[١]، وفي الحقيقـة أن فلسفة وجود الإعذار لا تتوقف علي نوع المسئولية هل هـي عقديـة أم تقصيرية بقدر توقفها علي تحليل العمل المطلوب. فإذا كان محله القيـام بعمل فإن الإعذار هنا متصور، ولما كانت معظم الالتزامات التي تتولـد عن العقد من هذه الطبيعة، كان منطقياً أن نتصور وجود الإعذار، أما إذا كان محل الالتزام سلبياً يتمثل في الامتناع عن عمل سواء أكان مصـدره العقد أم المسئولية التقصيرية لا يجب في مثله الإعذار.

وبذلك : فإن الإعذار يمكن وجوده فـي المسـئولية التقصـيرية إذا تصورنا مخالفة التزام محله للقيام بعمل، ومن جانب آخر، فإن الإعـذار لا يتصور إلا في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام وهو ما يمكن أن يتوافر في النطاق العقدي، بينما يصعب تصوره في النطاق التقصيري، الذي يتحدد

---

(١) RODIERE. Op. cit., no 19 bis.

مجال المسئولية فيه في حالة عدم تنفيذ الالتزام.

الفارق الرابع : نطاق التعويض :

يفرق الفقه بين نوعي المسئولية بالنسبة لنطاق التعويض كوسيلة من وسائل إصلاح الضرر الناتج، فطبقاً للفقه التقليدي أن طريقة إصلاح نتائج الخطأين ليست واحدة، فمرتكب الخطأ التقصيري يجب عليه التعويض كاملاً، في حين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يلزم بالتعويض الكامل في كل الحالات، فعندما لا يكون التقصير في الالتزام العقدي راجعاً إلي غش المدين أو إلي خطئه الجسيم فإن التعويض لا يشمل إلا الأضرار المتوقعة أو التي كان يمكن توقعها أثناء التعاقد. وفي الواقع، أن مسألة التوقع أو عدم التوقع أمر يعود الاختلاف بشأنها بين نوعي المسئولية إلي اللحظة التي يقوم فيها ، فبينما يمكن للطرفين أن يحددا النتائج المترتبة علي عدم تنفيذ الالتزام، وذلك كما توقعاها عند إبرام العقد. وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للمسئولية التقصيرية، إذ ليس في الإمكان مطالبة الفاعل (مرتكب الخطأ) أن يتوقع النتائج المترتبة علي سلوكه الخاطئ، فلا يمكن للتوقع أن يلعب دوراً في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه، إذ الفرض أن الالتزام بالتعويض لا يتوقف علي إرادة المخطئ، وبذلك تحل لحظة وقوع الضرر – بالنسبة للمسئولية التقصيرية – أي لحظة عدم تنفيذ الالتزام محل لحظة نشوء الالتزام أو ميلاده[١].

---

[١] وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية إلي مثل هذا التحليل من ذلك :

Lyon. 30-7-1947. D. 1947. 377. Et note tunc.

بالإضافة إلي أن هذه التفرقة بين نوعي الخطأ فيما يتعلق بمقدار التعويض، تتناقض مع تفسير نصوص القانون المدني، المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي)، (١٦٣ مدني مصري)، إذ يبدو أن أيهما لم تقم التفرقة فيما يتعلق بنطاق التعويض، ولذلك، فلا مانع من أن يمتد التعويض في المسألة العقدية إلي إصلاح الضرر الناتج مباشرة وحالاً عن المخالفة. كما يمكن أن يشمل غير ذلك من الأضرار في حالات العمد أو التدليس وهي ظروف يمكن تصورها في المجال التقصيري، فقواعد العدالة، تقتضي في ظل المسئولية التقصيرية التخفيف من آثارها لأشخاص تصرفوا بدون نية الإضرار ولم يقم في جانبهم إلا مجرد إهمال بسيط، وفي المقابل، فإن القواعد نفسها تفرض عدم التخفيف أو التهاون مع أشخاص تصرفوا – في ظل النطاق العقدي – بنية الإيذاء بالمتعاقد الآخر وإلحاق الضرر به، ويظهر ذلك في إلزامهم بتعويض كافة الأضرار الناتجة، حتى منها ما لم يتوقعاه عند إبرام العقد، إذ يجب – في الحالات كلها – أن يوازي القضاء بين الإدانة والتعويض[1].

---

[1] انظر في عرض الفوارق المختلفة بين نوعي المسئولية في الفقه المصري :

د/ محمود جمال الدين ذكي : مشكلات المسئولية المدنية، ج١، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨، ص١٩.

د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، المصادر، نهضة مصر، ١٩٥٠، ص٤١٦ وما بعدها.

وفي الفقه الفرنسي :

BRUN RAPPORTS – op. cit., p. 272.
P. H. LET OURNEAU. La responsabilité civile, éd. 1972, p. 64.

المطلب الثاني

الخيرة بين نوعي المسئولية أو الجمع بينهما

بعد طرح الفوارق الأساسية التي رآها الفقه التقليدي بين كل من المسئولية التقصيرية والعقدية، وبعد عرض ما ارتآه الفقه الحديث من انتقادات لهذه الفوارق، فإن الأمر لم يصل بعد إلي حد هدم هذه التفرقة، فإذا كانت سهام النقد لها كانت قوية في حالات ومؤثرة في أخرى، فإنها لم تقو جميعها علي إزالتها أو تلاشيها(١). وإن كانت قد قللت من حجم وأهمية هذه الفوارق، وهو ما يظهر في الحالات التي قد تنطبق فيها قواعد المسئولية التقصيرية علي وقائع كان الفقه التقليدي يقصرها علي العقدية، والعكس أيضاً صحيح في بعض الحالات، وإن كانت الغلبة الآن هي للاتجاه نحو توسيع نطاق تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية علي حساب العقدية.

ولكن، أياً كان الأمر فما زالت التفرقة قائمة، أياً كان نطاقها أو حجمها، ومازال في الإمكان التساؤل حول مدي قدرة الدائن بالتعويض

---

(١) ومما يؤكد علي بقاء التفرقة قائمة، أن المشرع في التقنين المدني، قد عالج النوعين في مكانين مختلفين، ووضع لكل منهما تنظيماً، يراه البعض – مختلفاً عن التنظيم الذي وضعه للنوع الآخر، وقد نظر الفقه إلي هذا التنظيم، مقرراً أنه لا توجد في القانون المدني مسئوليتان، إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان، أو نوعان لمسئولية مدنية واحدة. ، د/ محمود جمال الدين ذكي : مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ص٩٨.

في الاختيار بين النوعين أو في الجمع بينهما ؟ وقبل الإجابة علي هذا التساؤل يتعين طرح مفهوم فكرتي الاختيار والجمع لنري ما الذي يمكن أن يتمتع به الدائن بالتعويض.

فالخيرة تعني قدرة المضرور، من عدم تنفيذ الالتزام، علي أن يختار من بين الدعويين (العقدية والتقصيرية) الدعوى التي يراها مناسبة له وفي صالحه لأنها تحقق له من المزايا والفوائد ما لا توفره له الأخرى. فيكون بذلك الباب مفتوحاً أمامه للاختيار بينهما، وذلك بصرف النظر عن مصدر الالتزام الذي تمت مخالفته، أي سواء أكان مصدره العقد أم القانون.

وقد رفض رأي غالب في الفقه الاعتراف للمضرور بالخيرة بين الدعويين أو بين نوعي المسئولية منكراً عليه ذلك، ومقرراً - في الوقت ذاته - أن المضرور لا يملك اللجوء إلي الدعوى التقصيرية إذا كانت المخالفة قد وقعت لالتزامات مصدرها العقد، كما أنه لا يملك - علي العكس - رفع الدعوى العقدية، إذا كان الأمر متعلقاً بمخالفة التزامات خارج نطاق العقد.

وقد أشار هذا الاتجاه إلي العديد من الحجج لتأييد رأيه، مستنداً في ذلك إلي الأصول الرومانية التي خرجت منها أحكام التقنين المدني سواء أكان الفرنسي أو المصري، وكذلك إلي استقلال كل من نوعي المسئولية في التنظيم التشريعي وفي الأحكام الموضوعية التي تحكمها، فقد وضع

المشرع لكل نوع تنظيماً مستقلاً بعيداً عن التنظيم الآخر وهو ما يعني الاختلاف بينهما، ويؤدي – في الوقت ذاته – إلي عدم إمكانية الجمع بينهما، وإلي استحالة تطبيق قواعد إحداهما في النطاق أو الأرض المخصصة للأخرى، حتى ولو كان ذلك من مصلحة المضرور(١)، مشيراً إلي الفوارق التي توجد بين نوعي المسئولية والتي ذكرنا بعضها ورأينا الانتقادات التي وجهت إليها بالإضافة إلي البعض الآخر الذي لم نذكره هناك ونشير إليه هنا.

ومن ذلك التقادم الذي يحكم كل من الدعويين، فالدعوي العقدية تتقادم كقاعدة بمرور خمس عشرة سنة، مع وجود حالات خاصة تتقادم فيها الدعوى بمدد أخرى نظمتها نصوص قانونية متفرقة، مثل تقادم دعوى تكملة الثمن بثلاث سنوات من توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع، وتقادم دعوى ضمان العيب الخفي بمرور سنة، أما الدعوى التقصيرية فتتقادم بمرور ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر والشخص المسئول عنه، كما تتقادم – في كل الأحوال – بمرور خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل.

كما يوجد فارق آخر يتعلق بجواز الاتفاق علي الإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها، بينما لا يوجد ذلك في نطاق المسئولية التقصيرية.

---

(١) MAZEAUD et TUNC. Responsabilité. 5ème éd. Vol. I. no 201 et Suiv.

وفي الحقيقة، أن التقادم لا يصلح – وحده علي الأقل – لكي يكون فارقاً أساسياً بين نوعي المسئولية، إذ رأينا اشتراكهما في مدة تقادم واحدة والتي تعد هي القاعدة العامة والتي تتم بمرور خمس عشرة سنة من اليوم الذي تولد فيه الالتزام المخالف، سواء أكان ذلك يوم إبرام العقد، أم اليوم الذي وقع فيه الفعل الضار، فهذا الاشتراك الجزئي – علي الأقل – في مدة التقادم يقرب بين النوعين ولا يقيم فارقاً بينهما.

أما عن جواز الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها، فهذا الاختلاف يرجع إلي أمر منطقي وإلي الفلسفة التي تحكم نوعي المسئولية، فكيف يتصور وجود إعفاء أو اتفاق علي التخفيف بين شخصين يجهل كل منهما الآخر، وهو ما يحدث في المسئولية التقصيرية التي تقوم بين مرتكب لفعل ضار وبين مضرور لا يعرفه ولا تربطه به رابطة سابقة حتى يمكنه الاتفاق معه علي الإعفاء أو التخفيف، ولذلك، فإن انتفاء ذلك في المسئولية التقصيرية يرجع إلي استحالته وعدم تصوره، بينما يكون متصوراً وممكناً فيما يتعلق بالمسئولية العقدية، حيث يعرف كل من الطرفين الآخر، وهو ما يسهل من مسألة الاتفاق علي الإعفاء أو التخفيف من المسئولية.

ولذلك، فإن في مقدور المضرور في المسئولية التقصيرية التنازل عن حقه الثابت له في التعويض إزاء مرتكب الفعل الضار، وهو ما يؤدي إلي النتيجة ذاتها المنتظرة من الاتفاق علي الإعفاء أو التخفيف في

مجال المسئولية العقدية، فضلاً عن عدم جدوى هذا الاتفاق في حـالات الغش أو الخطأ الجسيم من جانب المتعاقد المقصر.

ومما تقدم، فقد ذهب اتجاه في الفقه[١] إلـى الاعتـراف للمضـرور بالحق في الخيرة بين نوعي المسئولية، وبخاصة إذا أراد التمسك بقواعد المسئولية التقصيرية حتى في نطاق العلاقة العقدية الموجودة، علي أساس أن القواعد التقصيرية من العموم، بحيث لا يمكـن قصـرها أو حصـر مجالها في خارج إطار العلاقات العقدية، فإذا كانت الرابطة العقدية تولد التزامات متبادلة علي عاتق طرفيها، فإن ذلك لا يعني عدم التزامهما بما يفرضه القانون من التزامات عامة، تنشأ المسـئولية التقصـيرية عنـد مخالفتها، وقد تقوم العقدية أيضاً عند حدوث ذلك، وإذا ما أشار الطرفان إلي هذه الالتزامات في العقد الرابط بينهما، مما يـؤدي إلـي أن يملـك المضرور دعويين عند مخالفة هذه الالتزامات إحداها تقصيرية مرتبطـة بكون المخالفة قد حدثت لإلتزامات عامة، وعقدية من واقع التقصير فـي تنفيذ الالتزام العقدي، وهكذا، يجد المضرور نفسه مخيراً بين اللجوء إلي الدعوى التقصيرية أو الاتجاه نحو العقدية، وهو يختار الدعوى التي توفر له قدراً كبيراً من الحماية من خلال ما تضمنه له من الحصـول علـي تعويض مناسب لجبر ما ألم به من أضرار، وتيسر له ذلك.

فالمضرور قد يفضل في حالات الدعوى العقدية وبخاصة إذا كانـت

---

(١) PLANIOL note sous. Cou. D'app. Paris. 17-7-1905, D, 1905, 2, 97.

تعفيه من عبء إثبات الضرر، وقد يميل إلي التقصيرية في الحالات التي توفر له تعويضاً كبيراً. وقد توفر الدعوى التقصيرية للمضرور ميزة تتعلق بإعفائه من عبء الإثبات، كما تمنحه تعويضاً أوفر وذلك في الحالات التي تقوم فيها نتيجة مخالفة التزامات قانونية محددة وتسمي هنا بالمسئولية التقصيرية الموضوعية أو المفترضة، فلا شك في أن من مصلحة المضرور التمسك بتطبيق قواعد هذه المسئولية حتى ولو كان ذلك بمناسبة عقد موجود، وهو ما سنشير إليه فيما بعد.

المهم هنا هو الإشارة إلي الاتجاه الفقهي والقضائي الذي يري جواز الخيرة للمضرور بين دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية التقصيرية، وإذا كان هذا الاتجاه يعترف بذلك، فإنه لا يقر – في الوقت ذاته – إمكانية الجمع بينهما أو بين بعض قواعدهما. وهذا ما يقودنا إلي طرح فكرة الجمع بين الدعويين، فالجمع معناه أنه يجوز للمضرور أن يجمع بين الدعويين في آن واحد، أو الجمع بين بعض قواعدهما في دعوى واحدة، أو يختار من كل منهما – في دعواه – بعض مزاياها. وهو أمر مرفوض ويختلف عن حق المضرور في رفع إحدى الدعويين بعد فشل الأخرى، أو بمعني أنه يجوز للمضرور أن يرفع الدعوى التقصيرية بعد فشل الدعوى العقدية، في تحقيق التعويض له أو إذا لم ينجح في الحكم له بتعويض مناسب عن كافة الأضرار التي أصابته، فللمضرور اللجوء إلي الدعوى التقصيرية للمطالبة بتعويض عن

الأضرار غير المتوقعة والتي لم تكن محلاً للمطالبة في الدعوى العقدية فالمهم هو اختلاف الأساس الذي تقوم عليه كل من الدعويين وتنوع المحل والسبب.

فإذا رفضت الدعوى العقدية، فإن من حق المضرور أن يرفع الدعوى التقصيرية. ذلك لأن الأساس مختلف إذ هو في الأولي مرتبط بمخالفة التزام عقدي وفي الثانية ينشأ عن مخالفة التزام قانوني، حتى ولو كان المضرور واحداً في الحالتين. بحيث لا يمنع الحكم الذي رفض دعوى التعويض التي تستند إلي أحد نوعي المسئولية المدنية، رفع دعوى التعويض علي أساس نوعها الآخر، "فيجوز للمضرور، الذي رفض الحكم له بالتعويض في الدعوى العقدية أو التقصيرية، أن يعود إلي طلبه بالدعوى الأخرى، كما يجوز له، إذا قضي له، في الدعوى العقدية، بتعويض لا يجبر كل الضرر الذي أصابه، أن يطلب بالدعوى التقصيرية، الحكم له بتعويض الضرر الذي لا زال بغير تعويض عنه"[١].

وهكذا، يتضح أننا إذا أخذنا فكرة الجمع بالمعني الذي يقود المضرور إلي أن يجمع بين بعض قواعد نوعي المسئولية، في دعوى واحدة، فإن ذلك ما يرفضه الفقه عموماً، أما إذا نظرنا إلي الجمع من زاوية أن المضرور يملك الجمع بين الدعويين، بحيث إذا فشلت إحداهما كان له

---

(١) د/ محمود جمال الدين ذكي : مشكلات المسئولية، المرجع السابق، ص٥١٦.

رفع الثانية، أو إذا لم يحكم له في الأولي بما يرضه من تعويض، كـــان من حقه رفع الثانية لتكملة التعويض أو الحصول علـــي تعـــويض عـــن الأضرار التي لم تكن محلاً للتعويض في الأولي، فإن هـــذا مـــا يقـــرره بعض الفقه في إطار الاتجاه الفقهي العام نحـــو الأخـــذ بـــالخيرة بـــين الدعويين. وهو ما تختلف بشأنه الاتجاهات القضائية ســـواء أكـــان فـــي مصر أم في فرنسا(١).

(١) انظر في عرض الحلول القضائية : د/ محمود جمال الدين ذكي : المرجع الســـابق، ص٥٢٣ وما بعدها.

المطلب الثالث

هل يمكن التفكير في نوع ثالث للمسئولية ؟

إذا كانت هناك فوارق مازالت قائمة كما يري الفقه بين نوعي المسئولية، وإذا كانت الانتقادات الموجهة إلي فكرة ازدواجية المسئولية، لم تقو علي هدمها أو نقضها، وإذا كان هناك اتجاه في الفقه والقضاء، يري – مع الإبقاء علي ثنائية المسئولية – أن من حق المضرور أن يختار من بين النوعين ما يراه محققاً مصلحته ومفيداً له، بحيث يمكنه اللجوء إلي الدعوى التقصيرية أو رفع الدعوى العقدية، كما يجوز له الجمع بينهما، بمعني أنه يستطيع رفع إحداهما بعد فشل الأخرى، إلا أنه لا يستطيع أن يجمع بين بعض قواعدهما أو مزاياهما في دعوى واحدة، إذا كان كل ما تقدم موجوداً ومطروحاً علي ساحة النقاش بين الفقهاء، فإن زاوية البحث وناصية النقاش قد تنحو منحني آخر تصل فيه إلي حد الوحدة بين نوعي المسئولية والمزج بين قواعدهما أو بعض هذه القواعد، وذلك في إطار نوع خاص من النشاط وبالنسبة لطائفة معينة من طوائف المجتمع تملك من القدرات والإمكانيات ما لا يملكه الأفراد الآخرون، ويتميز ما تمارسه هذه الطائفة من أنشطة بمزايا وخصائص قد تنفرد بها عن الأنشطة الأخرى، مما يدفع أو – دفع بالفعل – إلي التفكير في اختصاص هذه الطائفة وما تمارسه من أنشطة وما ينشأ عنها من مسئولية، بأحكام خاصة بالنسبة لهذه المسئولية من حيث كيفية ثبوتها وما

ترتبه من آثار، هذه الطائفة هم أرباب المهن الحرة من أطباء ومحـــامين ومهندسين ومحاسبين وغيرهم ممن يمارســـون مهنـــة باســـتقلال عمـــن يمارسونها لصالحهم وبخاصة من الناحية الفنية أو المهنية.

فهؤلاء المهنيون يملكون زمام الفن الذي يمارسونه بحكـــم إلمـــامهم بأصوله وقواعده، ومتابعتهم لما يطرأ عليه من تقدم وتطور، لذلك، فـــإن المهنة التي يمارسونها تفرض عليهم من الأحكام والالتزامات ما لا يوجد بالنسبة للأفراد العاديين، وينتظر الشخص العادي مـــن المهنـــي مـــا لا ينتظره من الباقين من عناية وحرص عند أداء مهنته، ويجد المهني نفسه ملزماً في مواجهة عميله بالتزامات وواجبـــات أدبيـــة وأخلاقيـــة تجـــد مصدرها في القانون والعادات المهنية، أكثر منه في العقد، فقد اعتبـــرت هذه العادات مصدراً أساسياً لالتزامات المهني، وتكونت منهـــا القـــوانين واللوائح، هذه العادات تحدد مضمون التزام المهنـــي، بـــل وقـــد تحـــدد التعويض وحدوده في حالة وجوبه(١)، ومـــن ذلـــك، يتضـــح أن غيـــاب الإشارة إلي هذه الواجبات أو الالتزامات في العقد لا يعني عـــدم التـــزام المهني بها، وإنما هي تظهر هناك التزامات يفرضها القانون أو توجبهـــا العادات المهنية واللوائح النقابية، وهذا ما يكشف عن الـــدور الضـــعيف لإرادة الأطراف في تحديد التزاماتهم. ولذلك. ذهب بعض الفقه الفرنسي إلي أن الالتزامات المفروضة علي المهني هي في معظمهـــا التزامـــات

---

(١) TUNC. Ebauche du droit des contrats professionnels in du droit prive Français par George RIPERT. Tome 11. Paris. 1950.

مهنية أكثر منها عقدية[١].

ولكن هذا الدور البارز للالتزامات المهنية لا يؤدي إلي إنكار العقد كأساس للعلاقة بين المهني والعميل، العقد موجود وإن كان دوره من الصعب تحديده، فقد يصبح دوره هو إعطاء إشارة البدء للمهني في تنفيذ الالتزامات التي يفرضها القانون أو العادات، وبتعبير آخر، يسمح العقد للمهني باستخدام مهنته بشكل معين ولصالح شخص بعينه[٢]، أي أن دور الإرادة في العقد يقتصر علي ميلاد وضع قانوني محددة عناصره من قبل.

وتتأتي هذه الأهمية المعطاة للعادات المهنية والتي تؤهلها لأن تكون مصدراً لالتزامات المهني أو لا من نظرة المجتمع واهتمامه البالغ بممارسة المهن عموماً وحرصه علي أدائها علي الوجه الصحيح، كما تتأتي - ثانياً - من جسامة المصالح المادية والمعنوية التي يعهد بها إلي المهني. فالعميل يضع بين يديه جسمه وشرفه وسمعته وأمنه، ولا شك في أن هذه الأمور من الأهمية بمكان بالنسبة للعميل وللمجتمع لذلك، لا يسمح للمهني بالتقصير في أداء مهنته علي نحو يؤدي إلي عدم تحقيق المصالح والأهداف المرجوة من ممارستها والتي قد تتصل بضمان سلامة جسم الإنسان (كالمريض بالنسبة للطبيب) أو الحفاظ علي حقوقه

---

(١) LEBLON, Etude sur la responsabilité Civile des avoues. Thèse CAEN. 1941, p. 28.

(٢) BRUN. (P.) RAPPORTS. Op. cit., p. 271.

ومنع الآخرين من الاعتداء عليها (كالعميل بالنسبة للمحامي) وسلامة حياته وضمان أمنه وأمن المقيمين معه (كمالك المبني بالنسبة للمهندس).

من أجل ذلك، كان مقبولاً أن يتدخل المشرع بصدد المهن جميعاً بتقنين القواعد والعادات والأعراف المهنية التي استقرت في عرف المهنة ردحاً من الزمن، وأن يجد المهني نفسه ملزماً بها بدون الحاجة إلي الإشارة إليها في العقد الرابط بينه وبين العميل. وتثير مخالفتها – من جانبه – قواعد المسئولية العامة (التقصيرية)، بجانب إثارتها لأحكام المسئولية العقدية.

وهذا ما يؤدي إلي صعوبة القول بالفصل التام بين أحكام النوعين من المسئولية وتعذر القول بانطباق إحداهما فقط علي المهني، ويفسر بالتالي الاتجاه نحو إمكانية المزج بين قواعدهما أو بعض هذه القواعد ليفرز لنا نوعاً ثالثاً ونموذجاً آخر من المسئولية المدنية.

وبالإضافة إلي ما تقدم، فإنه إذا كان العرض السابق للفوارق بين نوعي المسئولية المدنية، قد أدي إلي وجود تقارب بينهما واتحاد في كثير من الحالات، فإن هذا التقارب يزداد والاتحاد يكاد يكتمل عند النظر في هذه الفوارق بالنسبة لمسئولية أرباب المهن تجاه عملائهم، وهو ما يتضح مما يلي :

١–بالنسبة لعبء الإثبات، حيث – كما رأينا بالنسبة للفقه التقليدي –

يكتفي من الدائن في المسئولية العقديـــة إثبـــات وجـــود الالتـــزام بالإشارة إلي مصدره، وعلي المدين أن يثبت أداءه لهذا الالتزام أو قيام السبب الأجنبي الذي أعاقه عن التنفيذ، بينما فـــي المســئولية التقصيرية الدائن هو المطالب بإثبات خطأ المدين. ومـــا ســبق لا يمكن التسليم به علي إطلاقه في علاقة المهني بالعميل، فإذا كـــان مقبولاً الاكتفاء من العميل بالإشارة إلي وجود العقد، ومـــا يتولـــد عنه من التزامات لينقلب عبء الإثبات علي عاتق المهني المقصر في تنفيذ هذه الالتزامات، فإن الأمر قد لا يكون كـــذلك، بالنســبة للالتزامات التي تجد مصدرها في القوانين واللوائح أو في العادات والتقاليد التي تحكم ممارسة المهنة، فالمهني يصير ملزماً ببذل كل ما في وسعه من عناية وحرص، والوضع الظـــاهر يكـــون فـــي صالحه، بمعني أنه يفترض فيه احترام هذه القواعـــد والعـــادات، وعلي العميل - إذا أراد هدم هذا الظاهر - أن يقيم الدليل علـــي ذلك.

فضلاً عن أن التطور القضائي والفقهي بصدد التزامات المهني حتى العقدية منها، قد أدي إلي النظر إلي طبيعة التزامه، علي أنه التزام بنتيجة بشأن معظمها، مما لا يقبل منه أي ادعاء بالتنفيذ طالما أن النتيجـــة لـــم تتحقق، وهذا كله يؤدي إلي نتيجة محددة أنه من الصعب الحديث - بشأن المهني - عن نوع واحد من المسئولية وعن قاعدة واحدة فيمـــا يتعلـــق

بالإثبات، مما يسفر – في النهاية – عن ضرورة القول بأن ما يحكم مسئولية المهني هي قواعد وأحكام ليس بشرط أن تتبع من نوع واحد من المسئولية، وإنما يمكن أن تجد مصدرها في النوعين معاً، وهو ما يبرر الاتجاه نحو القول بوجود نوع ثالث من المسئولية ينطبق علي علاقة المهني بعميله ويسمي – كما سنري – بالمسئولية المهنية. ومما يؤكد علي عدم احترام قاعدة الإثبات المرتبطة بنوع المسئولية، أن هناك كثيراً من الأحكام الفرنسية التي صدرت مقررة عبء إثبات تنفيذ الالتزام يقع علي عاتق المهني وليس علي العميل، وهو ما ظهر واضحاً بالنسبة للالتزام بإبداء المشورة أو النصيحة والالتزام بالإعلام والإخبار، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية : "بأن المهني – الطبيب – هو الملزم بإثبات أدائه للالتزام بالإدلاء بالبيانات إلي عميله من خلال إقامة الدليل علي إخباره بجميع المعلومات والبيانات التي تساعده علي اتخاذ قراره، وبتعبير آخر، أن المهني ملزم بإثبات أدائه للالتزام بالنصيحة والإعلام[١]. وفي حكم آخر، للمحكمة ذاتها، ألقت المحكمة علي المحامي عبء إثبات أداء الالتزام بالإخبار أو إقامة الدليل علي الظروف التي أعاقت أداء الالتزام بالإخبار أو إقامة الدليل علي الظروف التي منعته من ذلك[٢].

---

(١) Cass. Civ. 1eme. 25-2-1997. Rev. Tr. Dr. San. Soci. 1997. P.p. 288-292.

(٢) Cass. Civ. 29-4-1997. JCP. 1997. J. No 22948. Et note. MARTIN.

٢-فيما يتعلق بدرجة الخطأ وطريقة تقديره، ففي المسألة العقدية لا تقوم مسئولية المدين إلا إذا توافرت في الخطأ درجة معينة من الجسامة، بحيث لا يسأل عن الخطأ اليسير جداً، بعكس الحال في المسألة التقصيرية؛ إذ تقوم مسئولية المدين فيها حتى عن الخطأ اليسير جداً، وقد رأينا أن هذه التفرقة تصطدم مع نصوص القانون التي لم تشر إلي أي نوع من هذه التفرقة، فأي تقصير في الالتزام – أياً كانت طبيعة الالتزام أو مصدره – يكون خطأ يقيم مسئولية مرتكبه دون حاجة إلي اشتراط أي وصف في الخطأ، أما في الحالات التي لا يكون فيها عدم تنفيذ الالتزام إخلالاً أو مخالفة فهنا لا تقوم أية مسئولية، ليس لأن الخطأ يسير أو يسير جداً، وإنما لأنه لا يوجد خطأ علي الإطلاق.

كما أن الأمر لا يتعلق بطبيعة الالتزام المخالف، إذا كان عقديا أو تقصيرياً، وإنما قد يتعلق بالطبيعة السلبية أو الإيجابية لموضوع الالتزام، فالالتزام المفروض علي الناس كافة من القانون له موضوع سلبي يتمثل في الامتناع عن الاعتداء علي حياة وشرف وملكية الآخرين، إذا فأقل تقصير في هذا الالتزام السلبي يكفي لظهور الخطأ، وبالعكس، فإن الالتزام المتولد عن العقد له موضوع إيجابي في معظمه يتمثل في القيام بعمل والذي يعتبر – في أدائه – قابلاً للزيادة أو النقصان مما قد يؤدي إلي اختلاف في درجة ظهور الخطأ وكيفية إثباته[١].

---

(١) LEBLON. Etude… op. cit.. p. 24.

٣-أما بالنسبة للتعويض، وكونه كاملاً في التقصيرية وليس كذلك في العقدية، فقد رأينا أن مقدار التعويض من حيث ضيقه أو اتساعه لا يتوقف علي طبيعة المسئولية الناتجة عن المخالفة، هل هي عقدية أم تقصيرية، بقدر توقفه علي إرادة القاضي وسلطته وعلي إمكانية توقع الضرر أثناء التحمل بالالتزام. فضلاً عن أنه من الصعب - في علاقة المهني بعميله - توقع أي ضرر عند التعاقد، ولذلك، فإن مسئولية المهني ستمتد إلي أبعد من الأضرار التي كان يمكن توقعها عند إبرام العقد، وذلك من منطلق الحرية والاستقلال اللذين يتمتع بهما المهني في أدائه لمهنته لصالح عميله مما يجعله مسئولاً عن أي تقصير أو إساءة استغلال هذه الحرية أو ذلك الاستقلال. وهذا ما يفرض تحمله لكافة الأضرار الناتجة ومنها تلك التي لم يتم توقعها أو لم يكن في الإمكان توقعها عند إبرام العقد.

٤-أما فيما يتعلق بأسباب الإعفاء من المسئولية أو التخفيف منها، إذ يري الفقه التقليدي أنها مقبولة في المسئولية العقدية ومرفوضة في التقصيرية، فقد رأينا كيف أنها مرتبطة بأمور منطقية أكثر من ارتباطها بطبيعة المسئولية، هذا بالإضافة إلي أن العميل في سعيه إلي المهني يبغي - وله الحق - في الحصول علي ما يمكن تسميته بالأمن القانوني، أو السلامة الجسدية، والاشتراط من جانب المهني بتخفيف مسئوليته أو إلغائها، معناه إلغاء لهذا الأمن،

وتلك السلامة، وهو ما يعني – في الوقت نفسه – زوالاً لسبب العلاقة العقدية، وأيضاً فإن الفقه لا يعترف بشروط الإعفاء أو التخفيف – حتى في إطار المسألة العقدية – وذلك في حالات الخطأ الجسيم أو الغش. وإذا كان الفقه والقضاء ينظران إلي المهني باستمرار علي أنه متخصص ويمثل أي تقصير من جانبه – في معظم الحالات – خطأ جسيماً إن لم يكن غشاً، مما يؤدي إلي القول بعدم جدوى وجود شروط الإعفاء أو التخفيف في علاقة المهني بعميله، ولا تقدم – بالتالي – أي فارق بين نوعي المسئولية في نطاق المسئولية المهنية(١).

المسئولية المهنية جزاء لمخالفة واجب مهني :

بدراسة الأهمية التي تعطي للواجبات الأدبية أو الأخلاقية وببيان شبه اختفاء الفوارق بين الشق العقدي والشق التقصيري للمسئولية في نطاق دراستنا، وملاحظة أن القضاء نفسه عندما لا يري مصلحة عملية للتفرقة بين الدعوى التقصيرية والعقدية فلا يهتم بهذه التفرقة ولا يقوم بها(٢)، يتضح أن مسئولية المهني تتجاوز نطاق نوعي المسئولية وقد تجمع بين

---

(١) DURAND (J. Paul) de conventions d'irresponsabilité. Thèse. Paris. 1931.

(٢) MARTIN : L'option entre responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Paris 1957. P. 178.

وفي حكم لمحكمة استراز بورج أكدت فيه علي أنه بغياب كل خطأ نتيجة غياب الإهمال أو الجهل بالنصوص من جانب المحامي فإن مسئوليته لا تقوم.

Trb. Dr. De STRASBOURD. 9-7-1958. Gaz-pal. 1958. 11. 365.

قواعدهما بحيث تجد مكانها وتعمل آثارها عند مخالفة المهني للواجب المهني الملقي علي عاتقه بمراعاة قواعد وآداب مهنية وبأداء الالتزامات التي يفرضها القانون والعادات وتجد مصدرها فيها أكثر من وجوده في العقد المبرم بينه وبين العميل. هذا الطابع المهني الناتج عن مخالفة الواجب المهني يعطي للمسئولية خصوصيتها. فمخالفة الالتزام المهني يرتب في نفس الوقت جزائين أولهما تأديبي وثانيهما مدني.

وفي هذا الصدد يشير القضاء غالباً إلي الخلط بين النوعين فيقيم أحياناً المسئولية التأديبية بالتسبيب لها بالخطأ المدني والعكس أيضاً فإن المسئولية المدنية قد تقوم بأشكال ولأسباب لا نجدها إلا بمناسبة المخالفات التأديبية. ففي حكم لمحكمة استئناف باريس وفي دعوى خاصة بمسئولية المحامي اعتبره القضاة أنه كان ملزماً بتنفيذ التزام عقدي وافق عليه وكما فرضته عليه قواعد نقابته وأثارت المحكمة مسئوليته التأديبية(١).

فهنا الخلط واضح إذ لم تعتبر الخطأ مخالفة لقواعد النقابة وإنما لعدم احترام الالتزامات الناتجة أو المذكورة في العقد وبهذا يبدو أن القضاء لا يعطي أهمية كبيرة للاختلافات التي قد توجد بين الناحية المدنية أو التأديبية لمسئولية المحامي فيما يتعلق بالتسبيب علي أي من الناحيتين(٢).

---

(١) Tr. Gr. Inst. De Paris. 11-2-1974 (JURIS-DATA).

(٢) AVRIL. La responsabilité civile de l'avocat Thèse. Rennes. 1979. No 71.

ويقدر خطأ المهني بالنظر إلي هذا الالتزام المهني المفروض عليـه طبقاً لمعيار مشترك بين النوعين من المسئولية ألا وهو معيـار الرجـل المهني المعتاد الذي يحل محل معيار رب الأسرة العادي(١)، وبذلك تظهر خصوصية المسئولية المهنية للمهني أو لا في مخالفة الالتـزام المهنـي الذي يؤدي إلي خطأ من نفس الطبيعية ثم – ثانياً – في المعيار المتبع في تقدير هذا الخطأ. إذ أن القضاء يشير دائماً إلي الطابع المهنـي للخطـأ الناتج عن مخالفة القواعد المهنية الفنية. وبهذا الرجوع إلي فكرة الالتزام المهني اتجه القضاء الحديث إلي التقريب – كما سبق – بـين الالتـزام المدني والالتزام الأدبي.

وهذه المسئولية المهنية للمهني قد تتجاوز حدود كل مـن المسـئولية العقدية أو التقصيرية. وهذا معناه أنه في حالات تطبق قواعـد مختلطـة تجمع بين بعض قواعد نوعي المسئولية وفي حالات تكون الغلبة لقواعـد المسئولية العقدية وخاصة عندما يشكو العميل من عدم تنفيـذ العقـد أو الالتزام بصفة عامة الواقع علي المهني وهي حـالات قليلـة حيـث أن العميل لا يشكو إلا نادراً من عدم التنفيذ. وفي حالات أخرى تكون الغلبة لقواعد المسئولية التقصيرية وهي الحالات الغالبة إذ أن العميل يثير عادة

---

(١) PH. Le TOURNFAN. Qulques aspects des responsabilités professionnelles. Gaz-Pal. Octobre 1986. P. 10.

التنفيذ السيئ من جانب المهني للالتزام[١].

ولا يبدو مستحيلاً – في الواقع – أن نطبق بمناسبة العقد الموجود بين المهني والعميل أحياناً المسئولية العقدية التي تنتج عن عدم التنفيذ الكلي للالتزام والمسئولية التقصيرية التي تنتج عن التنفيذ السيئ له[٢]، دون أن تشغلنا كثيراً التفرقة بين نوعي المسئولية أو التقيد بضرورة تطبيق قواعد إحداها. ويظل الطابع الخاص لمسئولية المهني هو الطابع المعنى الناتج عن الخطأ المهني بمناسبة مخالفة التزام مهني. والذي يفرض معياراً خاصاً لتقدير الخطأ ينبع من ذات طبيعة النشاط الذي يقوم به المحامي. فأشخاص القانون المدني يجب أن تسبغ عليهم صفة المهنة التي يزاولونها فتتحدد حقوقهم ومدي مسئوليتهم عن نشاطهم في ضوئها.

---

(١) وقد ذهب البعض إلي اتجاه قريب من ذلك إذ قرر أن هناك التزامات تفرض علي المهني بمقتضي القانون أو العادات حتى ولو لم يذكرها العميل وفي حالة مخالفة المهني لهذه الالتزامات تكون مسئوليته تقصيرية. وبجانب هذه الالتزامات هناك أخرى روعيت فيها إرادة العميل أو بالأحرى إرادة الطرفين معاً وعند مخالفة هذا النوع من الالتزامات فإن المسئولية ستكون عقدية.

MARTIN. Op. cit., p. 179 et Suiv.

(٢) وفي حكم لمحكمة DOUAI أظهرت المحكمة خطأ المحامي في تردده في رفع الاستئناف الذي كلفه به العميل وظل بهذا التردد لمدة ثمانية أيام دون أن يتصل بعمليه للاستفسار عن حقه في متابعة إجراءات الاستئناف، وأعلنت المحكمة ارتكاب المحامي لإهمال يؤدي إلي قيام مسئوليته المهنية دون أن يشغلها تحديد هل هي عقدية أو تقصيرية وقالت المحكمة :

Il (AVOCAT) a commis une négligence que engage sa responsabilité professionnelle.

ولعل ذلك يفسر ما ظهر في الأفق من آراء وأفكار تنادي بضرورة وضع قانون مهني يتحدد فيه المركز القانوني للشخص لا بالنظر إليه مجرداً وإنما بالنظر إلي المهنة التي يمارسها[1]، كما أن هذا هو الذي جعل بعض الفقهاء الفرنسيين[2]، ينادون بوضع قانون مهني تعالج فيه مسئولية أرباب المهن حسب الطبيعة الخاصة لالتزاماتهم، فإذا كانت هناك أمور معينة يغتفر للرجل العادي إهمالها فإن رجل المهنة إذا لم يراعها عد مهملاً لواجباته ومرتكباً لخطأ محقق. وليس الأمر ذلك بالغريب لأنه من المنطقي أن ننتظر من رجل المهنة حرصاً وعناية أكثر مما ننتظر من الرجل العادي. وفي المعنى نفسه يقول Martin "أن المسئولية الفنية تختلف عن المسئولية عموماً من حيث أن الأخطاء الفنية يجب أن يكون الجزاء عليها أشد لأن رجل المهنية عليه التزامات خاصة قبل عميله"[3].

ولا شك في أن التفكير في وضع قانون مهني لا يؤدي بالضرورة إلي وضع أحكام موحدة يخضع لها المهنيون جميعاً، وإنما يجب مراعاة ما قد تنفرد به كل مهنة من أحكام وخصوصيات وهو ما يقترب من قانون الملكية الفكرية الصادر برقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ إذ جمع بين طياته

---

(١) حسن ذكي الإبراشي : مسئولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، ١٩٤٤، ص٨.

(٢) JOSSERAND. Sur le reconstitution d'un droit de classe. D. H. 1947. P. 1 et 2.

(٣) MARTIN. Op. cit.. p. 3.

موضوعات شتي علي ما بينها من اختلافات وما تتميز به من أحكام.

ويراعي أن ظهور فكرة المسئولية المهنية وتأثيرها علي القضاء في الحكم بالتعويضات لصالح العملاء يعد انتصاراً للأفكار الخلقية وإبـرازاً لأهمية الالتزامات الأدبية التي يجد المهني نفسـه ملزمـاً بهـا وتقـوم مسئوليته المدنية عند مخالفتها ويدفع أيضاً إلي التنظيم الفنـي للمسـئولية علي أساس خلقي[١].

(١) RIPERT. la règle moral. Dans les obligations civiles in études a la mémoires d'Henri Capitant.. P. 677 et suiv.

المطلب الرابع

عناصر المسئولية العقدية وفقاً للفقه التقليدي

تتطلب النظرة إلي التعويض علي أنه وسيلة إصلاح في المسئولية العقدية، ضرورة وجود المقتضي لكي يؤدي التعويض هذا الدور، ولن يوجد هذا المقتضي إلا إذا توافرت شروطه، تلك الشروط التي يبحثها الفقه في إطار عناصر المسئولية العقدية، وهي وجود خطأ وضررٌ وعلاقة سببية، فالتعويض هنا جزاء عدم التنفيذ ولا شأن له – وبالتالي المسئولية العقدية – بالتنفيذ العيني للالتزام العقدي.

الفرع الأول

الخطأ

تثار بشأن الخطأ تساؤلات تتعلق معظمها بمدي كفاية عدم تنفيذ الالتزام الملقي علي عاتق المتعاقد كدليل - في الوقت ذاته - علي ثبوت الخطأ في جانبه، بمعني هل يعد عدم التنفيذ خطأ في حد ذاته ؟ أم أن الأمر يتطلب بجانب عدم التنفيذ أن يكون المقصر مخطئاً في ذلك ؟

بطبيعة الحال، يبدو من الاتجاه الغالب للفقه التقليدي أنه ينظر إلي عدم تنفيذ الالتزامات من جانب أحد المتعاقدين علي أنه يشكل العنصر الأول من عناصر المسئولية وهو الخطأ، دون حاجة إلي البحث في مدي توافر صفة الإثم أو التقصير في سلوك المتعاقد، وذلك واضح من إشارات معظم الفقه إلي توافر الخطأ إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي التزم به في العقد، أياً كانت صورة عدم التنفيذ، أي سواء أكان بعدم التنفيذ الكلي للالتزام، أم بتنفيذ جزء منه، أم بتنفيذه بشكل معيب[1].

ولا يجب أن يفهم من ذلك أن هذا الاتجاه يستغني عن الخطأ بعدم التنفيذ، وإنما هو ينظر إلي عدم التنفيذ علي أنه خطأ باستمرار، فالخطأ

---

[1] د/ نزيه المهدي : النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص٢٨٧.، السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية، ١٩٨١.

مطلوب بالنسبة له لتقوم المسئولية العقدية، كل ما في الأمر أن الخطأ هنا يتخذ صورة عدم تنفيذ الالتزام، وهذا ما يتسق مع فلسفة الاتجاه الغالب في النظر إلي التعويض علي أنه وسيلة إصلاح مترتبة علي قيام المسئولية، وهذه الأخيرة لا تقوم إلا إذا توافرت عناصرها وفي مقدمتها الخطأ الذي يفترض توافره بمجرد ثبوت عدم التنفيذ.

ولا شك هنا في أن تحديد المكلف بعبء إثبات الخطأ أمر يختلف وفقاً لطبيعة الالتزام غير المنفذ، فإذا كنا بصدد التزام بنتيجة، كان علي المتعاقد المدين به إقامة الدليل علي تنفيذه، أو الإشارة إلي السبب الأجنبي الذي منعه من ذلك، أما إذا كان الأمر يتعلق بالتزام ببذل عناية، فإن علي الدائن إثبات غيابه عن طريق التدليل علي عدم قيام المدين ببذل ما يتطلبه تنفيذ الالتزام من عناية وحرص قياساً في ذلك علي سلوك الرجل المعتاد الموضوع في نفس ظروف المدين.

ويلاحظ أن احترام هذا التقسيم التقليدي للالتزامات إلي التزام بنتيجة وآخر بوسيلة أمر يحرص الفقه التقليدي علي الإشارة إليه والوفاء له عند بحث قيام المسئولية العقدية، وذلك مرتبط بنظرتهم دائماً إلي عدم التنفيذ علي أنه خطأ في جانب المتعاقد يتطلب إقامة الدليل عليه، وقد رأينا أن المكلف بذلك يختلف طبقا لطبيعة الالتزام غير المنفذ ونوعه.

في حين يشير بعض الفقه إلي تقسيم آخر يقوم علي نوع التقصير في تنفيذ الالتزام وحجم هذا التقصير، وبخاصة فيما يتعلق بمعرفة الشخص

المكلف بإثبات هذا التقصير، إذ من المعلوم أنه حتى يقوم التقصير لا بد من توافر الخطأ المتمثل في عدم التنفيذ الكلي للالتزام أو في التنفيذ السيئ له. وهذا يقتضي تحديد من يقوم بإثبات ذلك هل هو المدين (الفاعل) أم هو الدائن، وليتم ذلك يكون من الضروري تحديد نطاق وطبيعة الالتزام المخالف. ولما كان الأمر مرتبطاً بعبء الإثبات، فقد يتوافر قدر من الدقة في تقسيم آخر، ويتعلق بالبحث عما إذا كان هناك عدم تنفيذ كلي للالتزام بالقيام بعمل أو بإعطاء شيء، أم أن هناك عدم تنفيذ جزئي للالتزام أو تنفيذاً سيئاً له، ويدخل في الحالة الأخيرة الالتزام بالامتناع عن عمل وهو ما أشرنا إليه من قبل.

الفرع الثاني

الضرر

وهو الشرط الثاني الذي يتطلبه الفقه التقليدي لقيام المسئولية العقدية وهو يختلف عن عدم تنفيذ الالتزام، فإذا كان هذا الفقه ينظر إلي عدم التنفيذ علي أنه خطأ في ذاته ما لم يقم الدليل علي غير ذلك، فإنه رأي عدم كفاية توافر الخطأ في عدم التنفيذ لقيام المسئولية، بل اشترط أن يترتب علي التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية، وقوع ضرر أصاب المتعاقد الآخر من جراء ذلك. وذلك علي أساس أن الهدف من قيام المسئولية العقدية هو تعويض المتعاقد المضرور ولن يثبت له الحق في التعويض إلا إذا أثبت الضرر الذي أصابه. وبذلك يتضح أن المكلف بإثبات الضرر هو الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ وبالتالي صاحب الحق في التعويض وذلك علي عكس عبء إثبات الخطأ الذي يقع تارة علي المدين وأخرى علي الدائن.

وعلي الدائن أن يثبت الضرر ليس فقط في وجوده وإنما أيضاً في حجمه ومقداره فمادام أن التعويض يرتبط بمقدار ما نتج من ضرر وليس بحجم الالتزام الذي لم ينفذ، فإن علي الدائن أن يقيم الدليل أولاً علي وجود الضرر ثم يدلل علي حجمه ونوعه. وكلما نجح في بيان عناصر الضرر كلما كان ذلك مدعاة لحصوله علي تعويض أكبر.

ويشير الفقه التقليدي إلي أن التعويض في المسئولية العقدية – كما في التقصيرية – يشمل الأضرار المادية وكذلك الأدبية، وإذا كانت الأضرار التي تنتج عن عدم تنفيذ الالتزامات العقدية هي في معظمها مادية مثل عدم وصول المسافر إلي مكان الوصول سليماً معافى أو تأخر وصول البضائع أو عدم وصولها، أو عدم تنفيذ العامل للعمل المكلف به في عقد العمل، وتقاعس المقاول عن تنفيذ عقد المقاولة، وإلي غير ذلك من الأضرار المادية التي يمكن أن تصيب المتعاقد الذي يشكو من التقصير في تنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد، فإذا كانت الصورة الغالبة للأضرار الناتجة أنها مادية، فإن ذلك لا يمنع من وقوع أضرار أدبية أو معنوية من جراء عدم تنفيذ الالتزامات العقدية، ومن الأمثلة التي يمكن الإشارة إليها، المسافر الذي أصيب بجرح أثناء النقل فإن ضرراً أدبياً يلحقه بسبب ذلك، والطبيب الذي يذيع سراً للمريض لا يجوز إذاعته، فإنه يصيب المريض بضرر أدبي في سمعته، والناشر الذي ينشر كتاباً لمؤلف بشكل مشوه في طباعته أو إخراجه، فلا شك في أن ضرراً أدبياً هنا يصيب المؤلف، حتى ولو لم يصب بضرر مادي.

وقد قضي المشرع المصري في التقنين المدني علي الخلاف الفقهي بشأن مدي جواز التعويض عن الضرر الأدبي بنصه في المادة (٢٢٢) علي أن : "يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلي الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن به

أمام القضاء". فهذا النص من العموم بحيث يشمل التعويض في مجال المسئولية العقدية وكذلك في نطاق المسئولية التقصيرية.

وإذا كان الاتفاق قد قام بشأن نوع الضرر الواجب التعويض في نوعي المسئولية، فإن الاختلاف بينهما قد قام بالنسبة لمقدار الضرر الذي يعوض عنه المضرور.

فالفقه التقليدي يشير إلي فارق بين نوعي المسئولية يتعلق بمقدار التعويض، ويذهب إلي أن التعويض في العقدية يشمل الضرر المباشر المتوقع فقط بينما هو يشمل – في التقصيرية – الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة[١].

فهذا الفقه يفرق بين نوعي المسئولية بالنسبة لنطاق التعويض كوسيلة من وسائل إصلاح الضرر الناتج، فطبقاً للفقه التقليدي أن طريقة إصلاح نتائج الخطأين ليست واحدة، فمرتكب الخطأ التقصيري يجب عليه

---

[١] يضرب السنهوري مثالاً علي ذلك بالقول : "إا اضطر المستأجر لإخلاء العين المؤجرة قبل انقضاء مدة الإيجار لعدم قيام المؤجر بالتزامه بالترميم اشترطه عليه المستأجر أن ينتقل إلي منزل مساو للمنزل الأول ولكنه أعلى أجرة، وتتلف بعض المفروشات أثناء النقل، ثم يكون في المنزل الجديد ميكروب مرض معد ينقل إليه هذا المرض، فالفرق في هذه الأجرة ما بين المنزلين هو الضرر المباشر المتوقع، وقيمة المفروشات التي تلفت هي الضرر المباشر غير المتوقع وما يتسبب عن المضر هو الضرر غير المباشر، والمؤجر لا يكون مسئولاً إلا عن الضرر المباشر المتوقع... ما لم يكن قد أخل بالتزامه عمداً أو عن خطأ جسيم...".
الوسيط : الجزء الأول، المجلد الأول، ص٩٣٣.

التعويض كاملاً، في حين أن مرتكب الخطأ العقدي لا يلزم بالتعويض الكامل في كل الحالات، فعندما لا يكون التقصير في الالتزام العقدي راجعاً إلي غش المدين أو إلي خطئه الجسيم، فإن التعويض لا يشمل إلا الإضرار المتوقعة أو التي كان يمكن توقعها أثناء التعاقد.

وفي الواقع، أن مسألة التوقع أو عدم التوقع أمر يعود الاختلاف بشأنه بين نوعي المسئولية إلي اللحظة التي يقوم فيها، فبينما يمكن للطرفين أن يحددا النتائج المترتبة علي عدم تنفيذ الالتزام، وذلك كما توقعاها عند إبرام العقد. وهو أمر لا يمكن تصوره بالنسبة للمسئولية التقصيرية، إذ ليس في الإمكان مطالبة الفاعل (مرتكب الخطأ) أن يتوقع النتائج المترتبة علي سلوكه الخاطئ، فلا يمكن للتوقع أن يلعب دوراً في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه، إذ الفرض أن الالتزام بالتعويض لا يتوقف علي إرادة المخطئ، وبذلك تحل لحظة وقوع الضرر – بالنسبة للمسئولية التقصيرية – أي لحظة عدم تنفيذ الالتزام محل لحظة نشوء الالتزام أو ميلاده[١].

بالإضافة إلي أن هذه التفرقة بين نوعي الخطأ فيما يتعلق بمقدار التعويض، تتناقض مع تفسير نصوص القانون المدني، المادة (١٣٨٢ مدني فرنسي)، (١٦٣ مدني مصري)، إذ يبدو أن أيهما لم تقم التفرقة

---

[١] وقد أشارت بعض الأحكام الفرنسية إلي مثل هذا التحليل من ذلك :
Lyon, 30-7-1947, D, 1947, 377, et note tunc.

فيما يتعلق بنطاق التعويض، ولذلك فلا مانع من أن يمتد التعـويض فـي المسألة العقدية إلي إصلاح الضرر الناتج مباشرة وحالاً عن المخالفـة. كما يمكن أن يشمل غير ذلك من الأضرار في حالات العمد أو التـدليس وهي ظروف يمكن تصورها في المجال التقصيري.

فقواعد العدالة، تقتضي في ظل المسئولية التقصيرية التخفيـف مـن آثارها بالنسبة لأشخاص تصرفوا بدون نية الإضرار ولم يقم في جـانبهم إلا مجرد إهمال بسيط، وفي المقابل، فإن القواعد نفسها تفـرض عـدم التخفيف أو التهاون مع أشخاص تصرفوا – في ظل النطاق العقـدي – بنية الإيذاء بالمتعاقد الآخر وإلحاق الضرر به، ويظهر ذلك في إلـزامهم بتعويض كافة الأضرار الناتجة، حتى منها ما لم يتوقعاه عند إبرام العقد، إذ يجب – في الحـالات كلهـا – أن يـوازي القضـاء بـين الإدانـة والتعويض[١].

---

[١] انظر في عرض الفوارق المختلفة بين نوعي المسئولية، في الفقه المصري :

د/ محمود جمال الدين ذكي : مشكلات المسئولية المدنية، ج١، مطبعـة جامعـة القـاهرة، ١٩٧٨، ص١٩. ، د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام، المصادر، نهضة مصر، ١٩٥٠، ص٤١٦ وما بعدها.

وفي الفقه الفرنسي :

BRUN RAPPORTS-op. cit., p. 272.
P. H. LET OURNEAU, La responsabilite civile, ed. 1972. p. 6

الفرع الثالث

علاقة السببية

لا يكفي – وفقاً للفقه التقليدي – أن يخطئ المتعاقد بتقصيره في تنفيذ الالتزامات التي تفرضها عليه الرابطة العقدية، وليس بكاف أن يترتب على ذلك ضرر يصيب المتعاقد الآخر، وإنما يجب أن يكون ما نتج من ضرر هو نتيجة مباشرة لما وقع من خطأ، وهو ما يعبر عنه بعلاقة السببية التي تنشأ بين الفعل الخاطئ والضرر. فعندما يثبت أن الضرر هو نتيجة مباشرة للخطأ، فإن ذلك يعني توافر رابطة السببية، وفي الحالات التي تختفي فيها تلك الرابطة، فيكون ذلك بسبب أن الضرر لم ينتج مباشرة عن الخطأ، بل يتعين البحث له عن سبب آخر غير الخطأ.

وبذلك يتضح أنه قد توجد حالات يقع فيها خطأ من أحد المتعاقدين ويصاب الآخر بأضرار لا يسأل عنها المتعاقد المخطئ، لأنها لم تكن نتيجة مباشرة للخطأ، أو لأنها – وفقاً للفقه التقليدي[1] – لم ترتبط به

---

[1] ونري أن علاقة السببية لا تعتبر عنصراً ثالثاً لقيام المسئولية وإنما أحد أوصاف العنصر الثاني وهو الضرر، أي أنه إذا تحققت أوصاف الضرر بأن يكون محققاً ومباشراً قامت – في الوقت نفسه – علاقة السببية وباختفاء هذه الأوصاف وبخاصة وصف الضرر المباشر كان معني ذلك أن الضرر الواقع ليس نتيجة مباشرة لفعل المدين وبالتالي لا يرتبط به ارتباط الفعل بالسبب وتختفي بذلك علاقة السببية.

قريب من ذلك الدكتور/ سعد واصف : في قوله : "إن الرأي عندنا إن اعتبار رابطة السببية ركناً من أركان المسئولية هو نوع تحليل وتفصيل وكان يمكن عدم اعتبارها ركناً مستقلاً=

برابطة سببية – مثال ذلك، كما لو تبين كسر البضائع المكلف بنقلها الناقل، والذي كان يقود سيارته بسرعة كبيرة، إلا أنه يتضح أن قيادة السيارة بهذه السرعة لم تكن السبب في كسر البضائع وإنما ذلك راجع إلي أن البضائع قابلة للكسر ولم ينبه صاحبها الناقل إلي ذلك. وبذلك يكون الضرر الذي أصاب المالك والمتمثل في كسر البضائع ليس نتيجة مباشرة لخطأ الناقل في قيادة السيارة بسرعة، وإنما بسبب طبيعة البضائع نفسها. ولهذا لا يسأل الناقل عن مثل هذه الأضرار. ويشير الفقه إلي افتراض قيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر، بحيث لا يكلف الدائن (من حدث التقصير في مواجهته) بإثبات أن الضرر نتيجة مباشرة للخطأ، وإنما إذا أراد المدين التخلص من آثار المسئولية (التعويض) فإن عليه إقامة الدليل علي أن سبب الضرر لم يكن هو الخطأ، بمعني انتفاء علاقة السببية بينهما.

=باعتبار أن السببية وصف يلحق بالخطأ الموصوف بأنه المسبب للضرر، وعلي ذلك، فإن السببية يمكن إدماجها في الخطأ باعتبارها وصفاً، والوصف يتبع الموصوف وجوداً وعدماً".

التأمين من المسئولية في عقد النقل، رسالة دكتوراه، ١٩٥٨، ص٩٩.

المطلب الخامس

دور التعويض في المسئولية العقدية

وفقاً للطرح الفقهي الجديد

الفرع الأول

عرض الفكرة

يبدأ هذا الطرح من خلال المقارنة بين دور التعويض في كل من المسئولية التقصيرية والعقدية، فالفقه التقليدي نفسه يؤكد علي اختلاف المبادئ والقواعد التي تحكم التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ الالتزام العقدي وتلك التي يخضع لها التعويض عند غياب العقد، وهو ما يشير إلي اختلاف دور التعويض في كل من النظامين، هذا الاختلاف يرتبط دوماً باختلاف الأحكام التي يخضع لها.

ولذلك، فإنه إذا كان التعويض يقوم بوظيفة الإصلاح والجبر في المسئولية التقصيرية، فإن دوره في المسئولية العقدية ينحصر في كونه وسيلة من الوسائل المتعددة التي يملكها الدائن لإجبار المدين علي تنفيذ

الالتزامات التي قصر في تنفيذها. ويستمر الاتجاه الجديد في تحليله بالقول بأن النظر إلي دور التعويض في المسئولية العقدية باعتباره إصلاحياً يعارض فقه التقنين المدني نفسه وآراء وتعليقات أولئك الذين تناولوه بالشرح والتحليل، فطبقاً لهم يكون التعويض المستحق في حالة عدم تنفيذ العقد نتيجة للالتزامات الموجودة به، وبذلك فهو يعد تنفيذاً بمقابل لهذه الالتزامات.

وقد أشارت المادة (١١٤٧ مدني فرنسي) إلي التعويض بالربط بينه وبين عدم التنفيذ دون تطلب أية شروط أخرى مما يوحي بأن التعويض هنا هو مجرد وسيلة بديلة لتنفيذ الالتزام غير المنفذ، فقد نصت علي أن : "المدين يلزم بدفع التعويض سواء بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخر في التنفيذ، وذلك في جميع الحالات التي لا يثبت فيها أن عدم التنفيذ يرجع إلي سبب أجنبي، وأيضاً انتفاء سوء النية من جانبه".

ولا يوجد في هذا النص أية إشارة أو تداخل بين دور التعويض في حالة عدم توافر التنفيذ وذلك المستحق عند ارتكاب التقصير أو الإخلال المنصوص عليه في الباب الرابع وهو المتعلق بالالتزامات الناشئة عن المصادر غير الإرادية، أي المسئولية التقصيرية بنوعيها (العادية والموضوعية)، والتي تنظمها المادة (١٣٨٢) وما بعدها. وهذا التمايز

بين وضع التعويض في نوعي المسئولية ليدل علي اختلاف في طبيعة دوره في كل منهما، مما يؤكد علي أن التعويض في إطار المسئولية العقدية إنما هو وسيلة من الوسائل المطروحة أمام الدائن للحصول علي ما كان ينتظره من العقد".

ويشير جانب آخر من هذا الاتجاه إلي ضرورة الجمع بين مجموعة من النصوص في القانون المدني، للوقوف علي حقيقة الدور الذي يؤديه التعويض في مجال المسئولية العقدية، ومن هذه النصوص المواد (١١٤٢، ١١٤٣، ١١٤٤، ١١٨٤) إذ يتعين قراءة المادة (١١٤٢) بالتزامن مع المادة (١١٨٤ مدني) فإذا كانت المادة (١١٤٢) تتحدث عن تحول الالتزام بعمل أو الالتزام بالامتناع عن عمل إلي تعويض في حالة عدم التنفيذ من جانب المدين بالالتزام، فإن المادة (١١٨٤) قد أتاحت لأحد أطراف الرابطة العقدية أن يجبر الطرف الآخر علي تنفيذ الالتزام كلما كان ذلك ممكناً[١]، ومعني ذلك، أن تحول الالتزام (بعمل أو بالامتناع عن عمل) إلي التعويض لا يكون إلا في الحالات التي يصبح فيها الإجبار علي التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً[٢]، مما يدل علي أن

---

(١) فقد أشارت المادة ١١٨٤/٢، وهي تتحدث عن الشرط الفاسخ الصريح إلي أنه :

"Dans cecas. les contrat n'est point résolu de plein droit la partie envers la quelle l'engagement n'a point été exécute a la choix ou de forcer l'autre a l'exécution de la convention lorsqu' elle possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts".

(٢) TALLON (D.) : L'inexécution du contrat, pour une autre présentation, Rev. Tr. Dr. Civil, 1994. 223.

المادة (١١٤٢) تنظر إلي التعويض علي أنه الوسيلة البديلة لتنفيذ الالتزام عيناً، فهو عبارة عن تنفيذ الالتزام بمقابل.

واستكمالاً لما سبق، فإن بعض أنصار هذا الاتجاه(١) يشير إلي أن القانون المدني نفسه لم يعالج تنفيذ العقد كحالة من حالات المسئولية، لكي يلعب التعويض فيها دور الإصلاح والجبر، كما أن تنظيم المشرع للعقود الخاصة يوحي بالتركيز علي ضرورة تنفيذ الالتزامات الناتجة عنها بالوسائل كافة، بما في ذلك وسيلة التنفيذ بمقابل، وهو ما يتضح من مجموعة الدعاوى التي منحها المشرع لأطراف هذه العقود الخاصة والتي لا نجد من بينها دعوى المسئولية.

ففيما يتعلق بالعقود التي موضوعها نقل حق أو توريد شيء، فإن دعاوى ضمان عدم التعرض وضمان العيوب الخفية، هي الدعاوى الرئيسية المطروحة أمام الدائن بالالتزام، ولا تربطها صلة ما بدعوي المسئولية، إذ لا يوجد في مثل هذه الدعاوى أية مخالفة للقاعدة العامة، فهي تعد آثاراً خاصة لهذه العقود، ولا تشكل نوعاً من التعويض، وإذا حدث ووجد مثل هذا التعويض، فإنه يعد نوعاً من الاسترداد لما سبق ودفعه الدائن إلي المدين وهو في سبيله إلي تنفيذ العقد، يقاس علي ذلك مجموعة الدعاوى الأخرى التي يملكها أطراف العقود الأخرى التي يكون محلها الانتفاع بالشيء أو استغلاله أو استعماله، يستوي في ذلك العقود

---

(١) REMY, op. cit., No 4.

التي نظمها المشرع تحت إطار العقود المسماة أو تلك التي لم ينظمها والتي تندرج تحت مسمي "العقود غير المسماة".

ففي النصوص القانونية، عندما يتحدث المشرع عن أن شخصاً يلتزم بكذا، أو حتى يكون مسئولاً عن كذا، فإنه لا يقصد مسئولية المدين بالمعني القانوني، وإنما يهدف إلي تحديد نطاق الالتزامات والتعهدات الصادرة عن المدين، وبذلك تعكس الدعاوى العقدية المنظمة في القانون المدني الالتزامات العقدية، وتصبح - عندئذ - الدعوى المتعلقة بالتعويض (أو الاسترداد) من قبيل تزويد الدائن بمقابل المزايا التي كان ينتظرها من العقد.

ويرتبط النظر إلي التعويض علي أنه وسيلة بديلة (تنفيذ بمقابل) عن التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، بالوضع الذي عليه التنظيم القانوني للعقود وما يترتب عليها من آثار، وبخاصة في حالة عدم تنفيذها، إذ يشير هذا التنظيم إلي وجود أكثر من وسيلة مطروحة أمام الدائن الذي حدث التقصير في مواجهته، فهناك :

أولاً : التنفيذ الجبري لعين ما التزم به المدين، وهو ما قد يعني إجباره علي التنفيذ بشرط أن يكون قادراً عليه وأن يكون التنفيذ ممكناً وليس مستحيلاً، بل يتعين ألا يكون التنفيذ الجبري فيه إرهاق للمدين، أو يسبب له ضرراً يفوق ما يعود علي الدائن من منافع، ويجوز - في هذا الإطار - للدائن أن يقوم بنفسه بالتنفيذ علي حساب المدين بعد الحصول

علي إذن بذلك من القضاء، وبدون هذا الإذن في حالات الاستعجال والضرورة، وذلك كله علي نفقة المدين المقصر.

وقد أشارت إلي ذلك المادتان (١١٤٣، ١١٤٤ مدني فرنسي) كما نظمت التنفيذ العيني للالتزام المواد من (٢٠٣ إلي ٢١٤ مدني مصري)، فقد نصت المادة (٢٠٣) - تقابلها جزئياً المادة (١١٤٣)(١) - علي أن : "يجبر المدين بعد إعذاره طبقاً للمادتين (٢١٩، ٢٣٠) علي تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً. ٢- علي أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر علي دفع تعويض نقدي، إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً". ونصت المادة (٢٠٥) علي : "١- إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني علي شيء لم يعين إلا بنوعه، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. ٢- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل علي شيء من النوع ذاته علي نفقة المدين بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض".

ويشير بعض الفقه إلي أن التنفيذ الجبري للعقد ما هو إلا صورة من صور التعويض بمقابل، فالأمر بتنفيذ العقد غير المنفذ من جانب المدين، وبتسليم الشيء المبيع، وبتشييد ما كان يجب علي المتعاقد تشييده أو هدم

---

(١) Art. 1143. C. C. F. : "Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention a l'engagement soit détruit, et il peut se faire autoriser a le detuire aux dépens du débiteur. sans préjudice des dommages et intérêt s'ilya lieu".

ما يكون قد أقيم بالمخالفة للالتزام العقدي، والسماح للدائن بالتنفيذ علي حساب المدين وعلي نفقته، كل ذلك يندرج تحت مفهوم "التعويض العيني" أو "التنفيذ بمقابل"[١].

وواضح ما في هذا التحليل من تجاوز أو مبالغة، وإرهاق للفكر بدون مبرر، فالتنفيذ الجبري هو – ببساطة – وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزامات العقدية، وهو أول ما يلجأ إليه الدائن ويفكر فيه وذلك في الحالات التي يمتنع فيها المدين عن التنفيذ أو يقصر فيه ويتعنت. ولا يقال أنه نوع من التعويض العيني، إذ ليس فيه إحلال لالتزام محل آخر، بل هو طريق للمطالبة بعين ما التزم به المدين ولكن بصورة جبرية، مع مراعاة الشروط والضوابط التي يخضع لها هذا الطريق.

من ناحية أخرى، إذا نظرنا إلي التنفيذ الجبري علي أنه تعويض، فإن النتيجة هي أنه لا يوجد تنفيذ بمعناه الدقيق إلا بشكل إرادي، وهو ما يخالف التنظيم القانوني والوضع الغالب في الفقه والقضاء[٢].

ويلاحظ أن التنفيذ الجبري – كصورة من صور التنفيذ – تخضع له كل الالتزامات أياً كانت طبيعتها أو نوعها، بمعني أن الالتزام الإيجابي المتمثل في إعطاء شيء أو القيام بعمل، وكذلك الالتزام بالامتناع عن

---

(١) ROUJOU de bouée "Essai sur la notion de réparation L. G. D. J., 1974. p. 302.

(٢) VINEY, Introduction de droit civil, No. 232, et s.

عمل، يخضعان للتنفيذ الجبري، وذلك علي عكس ما تصور البعض من أن التنفيذ بإعطاء هو فقط الذي يخضع للتنفيذ الجبري[١].

فجميع الالتزامات يمكن تنفيذها بشكل جبري، والاستثناء الذي يرد علي هذه القاعدة العامة، يكمن في تعلق الالتزام غير المنفذ بشخص المدين، بمعني أن هناك اعتباراً شخصياً في الالتزام، ومن أجل هذا الاعتبار، لا يمكن إجبار المدين علي التنفيذ، كما لا يمكن إتمام التنفيذ علي نفقة المدين، إذ أن مثل هذا التنفيذ يحتاج إلي التدخل الشخصي للمدين.

وقد أشارت المواد (٢٠٣ إلي ٢١٤) من القانون المدني إلي إمكانية تنفيذ الالتزام بأداء الحق العيني والقيام بعمل والامتناع عن عمل، جبراً عن المدين، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (١٩٩ مدني) بصفة العموم بالقول "ينفذ الالتزام جبراً علي المدين".

ثانياً : يشير بعض الفقه[٢] إلي إجراءات أخرى علي أنها من وسائل علاج عدم تنفيذ العقد، وهي الإعذار وإعادة التفاوض والامتناع عن التنفيذ، وفي الحقيقة أن هذه الإجراءات تتم في إطار الرابطة العقدية بداية وقبل الحديث عن وجود تخلف لتنفيذ التزاماته أو – علي الأقل – قبل

---

(١) Jean DIDIER "L'exécution force des obligations contract uelles de fair. Rev. Tr. Dr. Civ. 1976, p. 700.

(٢) TALLON, L'inexécution... op. cit., p. 232.

التحقق الفعلي من عدم التنفيذ.

فالإعذار إجراء مطلوب لحث المدين في العقد علي تنفيذ التزاماته وتنبيهه إلي أنه في حالة تقصيره في ذلك سيكون في موضع المقصر، وبذلك يتضح أن الغرض من الإعذار هو العمل علي أن يقوم المدين بتنفيذ عين ما التزم به طواعية واختياراً، لأن الأمر لم يصل بعد إلي حد التحقق من عدم التنفيذ، فهو إجراء سابق عليه يلجأ إليه الدائن عادة إذا استشعر حسن نية مدينه واستعداده للتنفيذ وهو قادر عليه، فيمنحه مهلة يدبر فيها أمره ويوفي بما عليه من تعهدات، وكل ذلك يتم في الإطار الاتفاقي والإرادي.

وقد يلجأ الدائن إلي ذلك حفاظاً منه علي المدين واحتراماً للعلائق الوثيقة وربما التعاملات السابقة بينهما، وهو ما يتضح أكثر في الحالات التي لا يشار فيها في الاتفاق إلي أن المدين يكون معذراً بمجرد حلول الأجل ودون حاجة إلي أي إجراء آخر[١]، إذ الفرض هنا اتجاه نية الطرفين إلي تنفيذ التزاماتهما، إلا أن عارضاً طرأ أو حادثاً نشأ جعل أحدهما يتخلف عن ذلك.

---

[١] تنص المادة ٢١٩ مدني علي أن : "يكون إعذار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد علي الوجه المبين في قانون المرافعات، كما يجوز أن يكون مترتباً علي اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلي أي إجراء آخر".

الأمر نفسه بالنسبة للامتناع عن التنفيذ وهو لا يكون إلا في العقود التبادلية الملزمة للجانبين، وهو أداة في يد المتعاقد المستعد لتنفيذ التزاماته وربما يكون قد شرع في ذلك فعلاً، يقصد بها الضغط علي الطرف الآخر لإجباره علي التنفيذ، كما يهدف الامتناع عن التنفيذ إلي تحقيق نوع من الضمان للمتعاقد المستعد، يتمثل في احتفاظه بما كان مفروضاً عليه القيام به إلي أن ينفذ الآخر ما عليه، أو يبدأ في ذلك، فيشكل هذا الاحتفاظ ضماناً له يحميه من خشية القيام بالتنفيذ ثم يمتنع الآخر عن التنفيذ أو يرفضه، وهنا لا يضمن المتعاقد المنفذ الحصول علي مقابل ما تم تنفيذه، أو يتعرض لفقد جزء منه أو الحصول عليه متأخراً.

ويظل أثر هذا الإجراء محدوداً واحتمالياً ومحفوفاً بالمخاطر، إذ قد يصر الطرف الآخر علي عدم التنفيذ استشعاراً منه لعدم جدواه له، فتضيع بذلك علي المتعاقد المستعد للتنفيذ المزايا التي كان ينتظرها من الرابطة العقدية. ويلاحظ أن الامتناع عن التنفيذ لا يحل المشكلة، وإنما يعمل علي إرجائها حتى حين، حيث يتجمد الموقف انتظاراً لموقف المدين غير المنفذ، وبعد ذلك يلجأ الدائن إلي الوسائل الأخرى المتاحة أمامه.

وقد أشارت المادة (١٦١ مدني مصري) إلي هذا الإجراء بقولها : "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، إذا لم يقم المتعاقد

الآخر بتنفيذ ما التزم به". ويعالج الفقه الامتناع عن التنفيذ في إطار الحديث عن الفسخ، وينظر السنهوري[١] إليه علي أنه فرع من الحق في الحبس، فحيث يطبق الحق في الحبس في نطاق العقد الملزم للجانبين، كان هذا هو الدفع بعدم التنفيذ، فالدفع بعدم التنفيذ، كالفسخ، محصور إذن في العقود الملزمة للجانبين.

أما عن إعادة التفاوض فهو إجراء أوجده القضاء وسانده بعض الفقه في تأكيده، ويظهر دوره في الحالات التي توجد فيها صعوبات تعترض تنفيذ العقد، مع وجود الرغبة لدي طرفيه في الإبقاء عليه وتنفيذه، إذ يفضلان الدخول في مفاوضات بينهما حول النقاط أو البنود التي أثارت اختلافات، أو أوجدت الصعوبات بغية إنقاذ الرابطة، وقد يتنبه الطرفان مبكراً إلي أهمية إعادة التفاوض، فيشيران إليه عند إبرام العقد، وقد يلجئون إليه بعد تعثر التنفيذ، وبخاصة إذا كان ما يعترض التنفيذ أمور يمكن حلها بالتفاوض حولها، وأن الإبقاء علي الرابطة والاستمرار فيها وتنفيذها أفضل بكثير من فسخها وإنهائها. وأحياناً يفرض القاضي علي الطرفين إعادة التفاوض فيما بينهما للوصول إلي اتفاق حول نقاط الخلاف.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن، ما قضت به الدائرة التجارية

---

(١) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، العقد، دار النهضة العربية، ١٩٨١ـ ص١٠٠٥.

لمحكمة النقض الفرنسية بإلزام أحد الموردين للمواد البترولية بتعويض أحد الموزعين لهذه المواد المرتبط معها بعقد توزيع متتابع التنفيذ، وذلك بسبب أنه قام بتحرير أسعار بيع هذه المواد تبعاً للسوق، دون أن يحصل علي موافقته علي ذلك، الأمر الذي ألحق أضراراً بالموزع نتيجة تقيده بالأسعار المحددة سلفاً من جانب المورد(١). وهنا تكون الدائرة التجارية قد أدخلت التزاماً جديداً علي العقد وفرضته علي المورد، علي الرغم من عدم الإشارة إليه في العقد، ولا يمكن أن يستخلص ضمناً منه، فالتعويض هنا ينشأ عن واقعة أجنبية عن العقد مضمونها إلزام المورد بإعادة التفاوض مع الموزع بشأن القيام بتصرفات، أو اتخاذ قرارات لا صلة لها بالعقد المبرم بينه وبين الموزع.

وينتقد بعض الفقه(٢) هنا إرجاع الالتزام بالتعويض إلي الأساس العقدي، إذ يعد ذلك توسعاً غير مبرر لنطاق المسئولية العقدية، وكان يمكن الاستغناء عن هذا بحصر نطاق المسئولية العقدية في إطار مخالفة التزامات عقدية بالمعني الدقيق، وحكم ما عدا ذلك من التزامات بقواعد المسئولية التقصيرية التي مجالها الطبيعي في مخالفة الالتزامات العامة المفروضة علي الكافة والتي من بينها مبدأ حسن النية في التعامل عموماً، وفي تنفيذ العقد علي وجه الخصوص.

---

(١) Cass. Comm. 3-11-1992, JCP, 1993. 11, 22164.

(٢) VIRSAAMY. note sous arrêt precit. JCP, 1992, 11. 22164.

ثالثاً : نأتي إلي فسخ الرابطة العقدية، وهو جزاء لا يطبق إلا بالنسبة للعقود التبادلية والملزمة للجانبين. نظمته المادة (١٥٧ مدني مصري) وما بعدها والمادة (١١٨٤ مدني فرنسي)، ويلجأ إليه الدائن عند إصرار المدين علي عدم التنفيذ، بمعني أن الفسخ، يعني أننا أمام حالة عدم تنفيذ محققة وثابتة بعد استنفاذ الإجراءات المشار إليها من قبل، وهو جزاء يؤدي إلي انقضاء الرابطة العقدية ويعيد المتعاقدين إلي الحالة التي كانا عليها عند التعاقد، وذلك في العقود التي تقبل ذلك، أما بالنسبة لتلك التي تتأبي علي ذلك فإن الفسخ لا يكون له إلا أثر فوري، إذ يستحيل القول بالأثر الرجعي له وذلك مثل عقد الإيجار أو عقد التوريد، وبصفة عامة بالنسبة للعقود الممتدة التنفيذ، ولسنا هنا بصدد الحديث تفصيلياً عن الفسخ، وإنما نشير إليه كوسيلة من الوسائل المطروحة أمام الدائن لمعالجة حالة عدم تنفيذ الرابطة العقدية.

رابعاً : بجانب ما سبق من وسائل والتي تجد لها تطبيقات في العقود بصفة عامة، هناك وسائل علاجية أخرى ينحصر مجال تطبيقها في بعض العقود التي تتفق طبيعتها ويتطلبها موضوعها أو محلها من ذلك قيام القاضي بتخفيض التزامات بعض الأطراف، أو بزياداتها أو بتصحيح الرابطة العقدية.

أحياناً، يضع المشرع حداً أقصي للثمن في العقد، أو يضع قيوداً علي هذا الثمن، يلتزم بها الأطراف، وأي تجاوز لهذا الحد أو مخالفة هذه

القيود يعد خطأ عقدياً. مما يطرح علي الفور مصير الرابطة العقدية التي يشوبها مثل هذا الخطأ، كما يثار التساؤل عن دور المحاكم فـــي العمـــل علي تجنب إنهاء الرابطة، بالاتجاه إلي التعديل فيها عن طريق تخفـــيض المبلغ المبالغ فيه. يستوي في ذلك أن يتعلق العيب بغبن أحد المتعاقـــدين أو الفروض التي ينتج فيها العيب عن مخالفة التسعيرة الجبرية.

الفرع الثاني

النتائج المترتبة علي الرؤية الجديدة

لدور التعويض في المسئولية العقدية

لا شك في أن الخلاف الفقهي حـول طبيعـة دور التعـويض فـي المسئولية العقدية ليس أمراً نظرياً بحتاً بدون أية نتائج عمليـة أو تـأثير علي الأفكار القانونية الموجودة والمعمول بها، بل- علي العكس من ذلك – فإن هناك الكثير من النتائج التي تترتب علي الاتجاه الفقهي الذي ينظر إلي التعويض علي أنه وسيلة أداء أو تنفيذ بمقابل الالتزام غيـر المنفـذ، وليس علي أنه طريقة إصلاح وجبر للأضرار المترتبة علي واقعة عـدم التنفيذ كما يري ذلك الفقه في معظمه.

فتناول التعويض علي أنه أداة إصلاح وجبر يتم بطريقة تختلـف – بالضرورة – عن تلك التي تتم بها دراسته كوسيلة أداء أو تنفيذ بمقابـل. ويرجع هذا الاختلاف إلي مجموعة الأحكام والشروط المطلوب توافرهـا في كل طريقة علي حدة. ولهذا، فإن النتائج تتركز بالدرجة الأولي علـي مدي أهمية توافر شروط المسئولية العقدية من خطـأ وضـرر وعلاقـة سببية، لكي يثبت الحق للدائن في المطالبة بإعمال التعويض كشكل مـن أشكال تنفيذ الالتزام، كما تبرز نتيجة مهمة في هذا الإطار تتعلق بمقـدار التعويض وكيفية تقديره.

أولاً : الاتجاه نحو الاستغناء عن شروط المسئولية العقدية :

رأينا – من قبل – كيف يركز الفقه التقليدي علي ضـــرورة تـــوافر شروط الخطأ والضرر وعلاقة السببية لكي يثبت الحق للـــدائن – الـــذي يشكو عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ السيئ أو المتأخر له – في التعويض.

أ- الخطأ :

وهو الشرط أو الركن الأول الذي يتطلبه الفقه لقيام مسئولية المـــدين المقصر العقدية، مع اختلاف بين الفقهاء بشأن المقصود بالخطأ ودرجته، إذ منهم من رأي أن عدم تنفيذ الالتزام هو خطأ في حد ذاته ومنهم مـــن تطلب أن يوجد في عدم التنفيذ صفة الخطأ أو الإثم.

أما عن الاتجاه الجديد، فإنه يستغني عن الخطأ ويكفي – بالنسبة له – عدم التنفيذ ولكن ليس باعتباره خطأ في حد ذاته، وإنما بالنظر إلي كونه كذلك عدم تنفيذ فقط، وذلك مرتبط بأن حق الدائن في المطالبة بالتعويض يأتي من قبيل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، فهو تنفيذ بمقابل ولـــيس وســـيلة إصلاح أو جبر، ولهذا لا يكون مقبولاً البحث فيما إذا كان المدين مخطئاً في عدم تنفيذه للالتزام أم لا، كما أنه ليس من المفيد الحديث عنـــه، إذ لا يقدم جديداً بالنسبة لحق الدائن في التمسك بالتنفيذ بمقابل (التعويض).

ويحلل البعض ذلك بالقول بأن الخطأ يختلط في عدم تنفيذ الالتـــزام، (أياً كان نوعه أي سواء كان نتيجة أم وسيلة) فهو ليس عنصراً تكميليـــاً

يضاف إلي عدم التنفيذ[١]، ويشير البعض[٢] الآخر إلي أن التخلي عن فكرة المسئولية العقدية يتطلب ضرورة استبعاد أفكار الخطأ والضرر وعلاقة السببية عند بحث تقصير المدين أو عجزه، ولا شك في أن تغيير مثل هذه الأفكار يتطلب وقتاً، ولذلك يجب – في الوقت الحالي – أن يقتصر الأمر علي النظر إلي حق الدائن في التعويض عن عدم التنفيذ كشكل للمسئولية العقدية، ويكون ذلك توطئة لمجئ وقت يطرح فيه التحليل الجديد لحق الدائن في التعويض في ظل التفكير في اختفاء المسئولية العقدية.

وكأن هذا الرأي يكتفي – في الوقت الراهن – باعتبار التعويض تنفيذاً بمقابل للالتزام غير المنفذ مع الإبقاء علي فكرة المسئولية العقدية، بشرط أن تتسع لتشمل كل الوسائل التي ذكرنا من قبل وأيضاً مع الإبقاء علي شروطها عند الحديث عن التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل. أما خارج هذا النطاق، أي عند بحث مسألة التعويض بوصفه جابراً للأضرار المترتبة علي واقعة عدم التنفيذ، فإن المنحني يتجه نحو تناول نوع المسئولية الواجب التطبيق علي مثل هذا التعويض، فهل نطبق المسئولية العقدية وهنا ترجع إلي الفقه التقليدي وضرورة توافر شروطها وأهمها الخطأ ؟ أم أن الأمر يتعلق بتطبيق المسئولية التقصيرية، حتى ولو كان

---

(١) TALLON : L' inexécution… op. cit., No. 16.

(٢) REMY, op. cit., p. 29.

الأمر متعلقاً بتعويض أضرار مترتبة علي عدم تنفيذ رابطة عقدية ؟

لكم المهم – هنا – هو التأكيد علي أن المطالبة بالتعويض كشكل من أشكال التنفيذ للالتزام غير المنفذ عيناً، لا يحتاج إلي بحث مسألة الخطأ، وإنما يقتصر الأمر – بالنسبة للدائن – علي الإشارة إلي عدم تنفيذ الالتزام عيناً من جانب المدين، أياً كانت الظروف المحيطة بالأخير، أياً كان قصده. وبذلك، يتضح أن عبء الإثبات يقع دوماً علي عاتق المدين، إذ عليه إثبات التنفيذ العيني للالتزام، أو إقامة الدليل علي السبب الذي أعاقه من التنفيذ، وذلك كله بعد أن يشير الدائن إلي عدم التنفيذ أو وجود عيب فيه.

والخلاصة أنه لا يوجد مجال للحديث عن خطأ لإعمال التعويض كتنفيذ بمقابل، فليس هناك خطأ ثابت أو مفترض، فالحق في التعويض يثبت بمجرد قيام الدائن بالمقارنة بين ما هو مطلوب من المدين، وبين ما تم أو لم يتم من تنفيذ، ليتضح بعد ذلك ما إذا كان هناك تخلف للتنفيذ أو تنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للالتزامات المتولدة عن العقد، وهو ما يشير إلي أن عبء الإثبات لا يصلح لأن يكون معياراً للتفرقة بين نوعي المسئولية، وبذلك يمكن حصر الخطوات التي تمر بها دعوى المطالبة بالتعويض (كتنفيذ بمقابل) في ثلاثة أولاها يجب أن يشير الدائن إلي وجود عدم تنفيذ للالتزام، وثانيهما، يعرض المدين وسائل دفاعه، عن طريق المعارضة في عدم التنفيذ من خلال الإشارة إلي عدم وجود عقد أو

عدم صحته، كما أن له أن ينازع في مضمون الالتـزام المـدعي بعـدم تنفيذه، ليثبت أن ما تم الاتفاق عليه من التزام قد تم تنفيـذه. ثـم تـأتي الخطوة الثالثة، وفيها يختار الدائن من بين الوسائل المطروحة، الوسـيلة التي يراها مناسبة له(١).

والدائن وهو بسبيله إلي اختيار هذه الوسيلة أو تلـك محكـوم بعـدة اعتبارات، يأتي في مقدمتها، أن تحقق له هذه الوسيلة ما كان ينتظره من العقد، وأن يكون في الإمكان تنفيذها من جانب المدين، فضلاً عن الفائدة الاقتصادية التي تحققها الوسيلة للدائن، وكذلك تختلف الوسيلة وفقاً لما إذا كنا أمام عدم تنفيذ كلي، وبين ما إذا كان هناك بدء في التنفيذ أو أن هناك مرحلة كبيرة انتهت منه، فلا شك في أن الدائن يختار وسيلة تتفـق مـع الحالة التي عليها موقف المدين، إذ يمكنه أن يفكر في الفسخ في الحالـة الأولي، وبينما يكون من الملائم له اللجوء إلي التعويض (التنفيذ بمقابـل) عندما يكون تنفيذ العقد قد قطع أشواطاً كبيرة. ومن بين العوامل المؤثرة أيضاً في قرار الدائن باختيار هذه الوسيلة أو تلك سرعة تنفيذها وكـذلك النفقات التي تستلزمها.

ويستند الاتجاه الجديد في استغنائه عن الخطأ للمطالبة بالتعويض إلي النصوص القانونية ذاتها التي لم تستلزم سوي أن يكون هناك عدم تنفيـذ ولم تشر إلي وجود الخطأ، بل ولا يفهم منها اعتبار واقعة عدم التنفيذ في ذاتها

---

(١) TALLON, op. cit., p. 233.

خطأ، فالمادة (١١٤٧ مدني فرنسي)، ألزمت المدين بأداء التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام، وذلك عندما لا يكون تخلف التنفيذ راجعاً إلي سبب أجنبي لا يد للمدين فيه[١].

وقد اعتمد بعض الفقه علي انتفاء الخطأ في عدم التنفيذ للمناداة إما بوحدة المسئولية المدنية نظراً لوحدة الخطأ، إذ لا يوجد إلا خطأ تقصيري، أو للقول باختفاء مصطلح المسئولية العقدية، فهو - طبقاً لهؤلاء - مصطلح خاطئ لا تؤيده نصوص القانون. وقد ظهر ذلك في كتابات بعض الفقه، وقد أشرنا إلي أمثلة منها من ذلك ما كتبه أحدهم تحت عنوان "نهاية المسئولية العقدية" والآخر بعنوان "المسئولية العقدية، تاريخ مفهوم خاطئ".

ب-الضرر :

لا يحتاج الدائن - وفقاً للطرح الفقهي الجديد - إلي إثبات إصابته بضرر حتى يمكنه المطالبة بالتعويض (كتنفيذ بمقابل)، وإنما يكفيه التدليل علي تخلف التنفيذ أو تأخره، فليست هناك حاجة لوجود ضرر، إذ لا يؤدي هنا الدور نفسه الذي يقوم به هناك، أي في إطار المسئولية التقصيرية، التي لا تقوم إلا إذا كان هناك ضرر نتج عن الفعل الخاطئ يرتبط به بعلاقة سببية، بينما في المسئولية العقدية - وفقاً للمفهوم الجديد

---

(١) ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproc[illegible]e de la responsabilité délictuelle, R. T. D. C. anné 17, p. 628.

- فإن المتطلب الوحيد لإعمال التعويض هو وجـود عـدم تنفيـذ، دون الحاجة لثبوت إصابة الدائن بضرر، بل إن الضرر غير مطلوب لتمسـك الدائن بأي وسيلة من الوسائل السابق ذكرها مثل الفسخ أو الـدفع بعـدم التنفيذ أو إزالة ما تم إنشاؤه بالمخالفة للالتزام بالامتناع، أو القيام بتنفيـذ الالتزام غير المنفذ لحساب المدين وعلي نفقته[١].

ويعتمد أنصار المفهوم الجديد لدور التعويض - في الاستغناء عـن الضرر - علي نصوص القانون أيضاً، فقد نصت المادة (١١٤٢ مدني) علي أن كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل يتحول إلي التعويض (التنفيذ بمقابل) في حالة عدم التنفيذ من جانب المدين. وكـذلك المـادة (١١٤٧ مدني) التي أسست دين التعويض علي عدم التنفيذ، وليس علي الضـرر الذي أصاب الدائن.

وإذا كان ما سبق يدل علي اتجاه جديد في الفقه نحـو النظـر إلـي التعويض علي أنه تنفيذ بمقابل دون الحاجة إلي خطأ أو ضرر، فإن عدم تطلب الضرر لثبوت حق الدائن في التعويض، قـد وجـد صـدي فـي تطبيقات قضائية قديماً وحديثاً، فقد أشارت الأحكام إلي قيـام المسـئولية العقدية - وبالتالي الحق في التعويض - حتى ولو لـم يصـب الـدائن بضرر، مع اختلاف فيما بينها في تحليل ذلك، إذ منها ما اعتبر عدم تنفيذ الالتزام من جانب المدين ضرراً في حد ذاته. ومنها ما اعترف بوجـود الحق في التعويض دون حاجة إلي الحديث عن ضرر أيـاً كـان شـكل

(١) Cass. Civ., 3e 13-10-1981, D. 1982. I. R. 290 obs, Giverdon.

ظهوره.

فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في أكثر من موضع بأن الضرر ليس شرطاً للمطالبة بالتعويض عن مخالفة الالتزام بالامتناع عن عمل، وقالت "بما أن الدائن له حق في المطالبة بهدم ما تم بالمخالفة للالتزام وأن يطلب من المحكمة السماح له بالقيام بذلك علي نفقة المدين، فإن الأمر لا يحتاج لإثبات الضرر"[1]. وقد كان ذلك أمراً مثيراً للدهشة من جانب المحكمة إذ جاء في عكس التيار التقليدي، الذي يستلزم وجود ضرر أصاب المضرور حتى يثبت له الحق في التعويض[2].

---

(١) Cass. Civ. 13-11-1997, Rev. Tr. Dr. Civ., 1998, p. 124.

وقد بدأ هذا التصور لدي المحكمة منذ حكمها في ١٩/١١/١٩٩٦،

Rev. Tr. Dr. Civ., 1997. p. 156.

وقد نقضت محكمة النقض في هذا الحكم حكم الموضوع الذي تطلب إثبات الضرر للمطالبة بالتعويض من جانب المؤجر الذي اشتكي مما أحدثه المستأجر من تعديلات، وقد اقتصر في دعواه علي التعويض. ولم يطلب التنفيذ الجبري المتمثل في هدم ما أحدثه المستأجر وإعادة العين إلي ما كانت عليه قبل التدخل.

وكان الأمر متعلقاً بصيدلي تخلي عن الصيدلية إلي آخر وقد تضمن التصرف شرطاً بعدم المنافسة يلتزم به الطبيب في منطقة معينة ولمدة خمس سنوات، وبعد مرور سنة قام الصيدلي بفتح صيدلية في المكان نفسه، مما دعي المشترون للصيدلية الأولي إلي رفع دعوى طالبوا فيها **أولاً** : بغلق الصيدلية. **ثانياً** : بالتعويض عن مخالفة شرط عدم المنافسة، وبخصوص المطلب الثاني استجابت المحكمة له معلنة عدم الحاجة إلي إثبات ضرر وقع. وقبل ذلك، كان تشترط المحكمة وجود ضرر وألقت بعبء إثباته علي عاتق المدعي.

Cass. Civ., 5-6-1976, Rev. Tr. Civ., 2002, p. 322.

(٢) JOUR DAIN, Note sous Cass. Civ. 13-11-1997, Re. Tr. Dr. Civ., 1998. P. 125.

ويلاحظ أن عدم اشتراط الضرر يقوم أياً كانت طبيعة الالتزام غير المنفذ أو نوعه، بمعني أنه يستوي أن يكون التزاماً بعمل أو بالامتناع عن عمل، وسواء أكان التزاماً بنتيجة أم بوسيلة.

وقد تعلق الحكم السابق بإعفاء المؤجر من عبء إثبات الضرر الذي أصابه من واقعة عدم تنفيذ الالتزام العقدي من جانب المستأجر، وأكدت علي ذلك في وقت لاحق بقضائها "بثبوت حق المؤجر في التعويض عن عدم التنفيذ من جانب المستأجر، بدون الحاجة إلي إثبات الضرر(١).

ويشير التعليق إلي أن المحكمة في هذا الحكم قد أعادت التأكيد علي التزام المستأجر بتعويض المؤجر عن قيمة التخفيض الذي لحق بالعين المؤجرة نتيجة التعديلات التي قام بها المستأجر، فإذا لم يطلب المؤجر إزالتها أو إذا لم يكن في الإمكان ذلك، واستقر الأمر علي بقائها، فلا مناص من قيام المستأجر بتعويض المؤجر عن هذا التدهور، بدون حاجة إلي إثبات خسارة لحقت بالأخير(٢). وذلك حتى ولو قرر المؤجر هدم

---

(١) Cass, Civ., 3e C, 30-1-2002, D, 2002. act – Juris. p. 888. "L'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations la cotives prévues au bail n'est subordonne ni à l'exécution de ces réparations ni à le justification d'un préjudice".

(٢) Yves ROUQUET, obs. Sur, Cass. Civ., 30-1-2002. D, 2002. p. 888.

وفي الإطار نفسه، قضت بأن حق المؤجر في التعويض لا يرتبط بإثبات وجود الأعمال التي يطلب التعويض عنها.

Cass. Civ., 3-4-2001, Yers of copr. 2001. No. 139.

المبني وبيعه أرضاً(١).

مرة أخرى تؤكد المحكمة علي أن الدائن بالالتزام لـــه الحـــق فـــي المطالبة بتنفيذه عيناً أو بمقابل (التعويض) بدون إثبات ضرر أصابه لأنه في الحالتين يطالب بالتنفيذ، وإذا توصل إلي التعويض يكون التقدير وفقاً لمعيار عدم التنفيذ علي أنه لا يجب أن ينظر إلي ما لم يتم تنفيذه علي أنه ضرر أو خسارة أصابت الدائن، كما رأي البعض(٢)، إذ أن التنفيذ بمقابل (التعويض) يقوم حتى ولو لم يكن هناك ضرر لحق بالدائن مـــن جـــراء عدم التنفيذ. ولا يكفي – في هذا الصدد – القول بإعفاء الدائن من إثبات الضرر، وإنما يجب القبول بثبوت الحق له حتى ولو لم يكن هناك ضرر، لأن القول الأول، يعني إعاقة حق الدائن في المطالبـــة بـــالتعويض فـــي

---

(١) وقد كانت محكمة تولوز قد قضت في ٢٠٠٠/١/٦ بحق المؤجر في التعويض عن التخفـــيض الذي طرأ علي العين المؤجرة، وأكدت علي أن القاعدة العامة هي أن اســـتخدام المضـــرور للتعويض المقرر له لا يؤخذ في الاعتبار عند تقرير التعويض. فإذا كان المؤجر قد قرر عدم إعادة تأجير العين وهدم المبني وبيعها أرضاً، فإن هذا لا يؤثر في حقه في التعـــويض مـــن المستأجر بسبب انخفاض قيمة العين.

Cou- d'app -toulouse, 6-1-2000, D. 2000, Act. Jur., p. 141. "Il est d'ailleurs de règle que la victime n'a pas a rendre compte de l'utilisation de son in demnisation".

(٢) GHESTIN, les effets de la responsabilité. w^e éd LGDJ. 2001, No 19 et LARROUMMET droit civil, les obligations, le contrat. 4^e éd. 1998, N° 643, "Parce que la réparation en nature n'est pas autre chose qu'une exécution en nature, le préjudice n'est pas une condition de la condamnation du débiteur, tandis qu'il n'y a pas d'exécution par équivalent possible sans préjudice".

الحالات التي يستطيع فيها المدين إثبات عدم وجود ضرر يترتب علي عدم التنفيذ.

ونعاود التأكيد علي أن التنفيذ بمقابل (التعويض) هو وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، وبذلك لا يتطلب إعماله وجود خطأ لا مفترض ولا ثابت. وبالتالي - لا مجال - للتساؤل عن المكلف بعبء إثباته. وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر عن الدائرة الاجتماعية في ٤ ديسمبر ٢٠٠٢[١]، عندما قضت بأن التعويض العقدي ليس إلا وسيلة لتنفيذ الالتزام غير المنفذ. وقد يفهم من هذا الكلام أن المحكمة تنضم إلي الاتجاه الفقهي الذي ينكر وجود المسئولية العقدية، ويقرر - بذلك - حق الدائن في اللجوء إلي التعويض باعتباره تنفيذاً بمقابل دون حاجة للبحث في توافر شروط المسئولية العقدية، وبخاصة الشرط المثار هنا وهو الضرر.

وقد كان موضوع الحكم متعلقاً برب عمل حكم عليه بدفع تعويضات إلي العمال بسبب عدم اعترافه بالتزامه بتسليم قوائم الأجور وشهادة العمل وغيرها من الشهادات التي يفرضها قانون العمل، وبعد أن قضت محكمة الاستئناف بضمان أداء التعويضات المستحقة علي مكتب الضمان المنشأ بموجب قانون العمل، قام هذا المكتب بالطعن في الحكم أمام النقض بحجة أن هذه التعويضات مستحقة ليس بموجب تنفيذ عقد العمل

---

(١) Cass. Soc. 4-12-2002, Rev. Tr. Dr. Civ., 2003, p. 54.

ولكن بسبب إهمال العامل، غير أن الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض رفضت الطعن بالقول : "بأنه استناداً إلي المادتين (١١٤٢، ١١٧٤ مدني)، ينتج أن التعويض المستحق للدائن بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير فيه، يشكل طريقة لتنفيذ الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل"[١].

وفي الحقيقة، أن من الثابت فعلاً قلة الأحكام الصادرة عن القضاء في إطار الاتجاه الجديد بشأن دور التعويض في المسئولية العقدية، وهذه الندرة ترجع إلي حداثة الإتجاه الجديد، ولا ينفي أن القضاء قد بدأ في إعادة التفكير في دور التعويض، مسايراً في ذلك للرأي الفقهي الجديد، ويحتاج الأمر إلي فترة زمنية معقولة يتضح فيها الموقف وتستبين معالمه، وهذا لن يتحقق إلا من خلال صدور أحكام كثيرة عن القضاء يؤكد فيها موقفه[٢].

ويجب التأكيد علي أن النظرة إلي التعويض علي أنه وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، ولا يحتاج – بالتالي – إلي إثبات وجود ضرر، يجب أن ترتبط بالضرورة بالمجال العقدي، بمعني أن من

---

(١) Cass. Soc. 4-12-2000, Precit.

(٢) فما زال معظم الأحكام الصادرة عن محكمة النقض تتطلب صراحة وجود ضرر ناتج عن عدم التنفيذ كشرط لثبوت حق الدائن في التعويض.

Cass. Civ., 26-2-2002 RTD. Civ., 2002, 890.

ومن الأحكام ما أشار إلي ذلك بشكل غير مباشر عند مناقشة بدء سريان مدة تقادم دعوى التعويض عندما ربطت بدء الميعاد باليوم الذي وقع فيه الضرر وليس بيوم إبرام العقد.

Cass. Civ., 1-4-1997. Rev. Tr. Dr. Civ., 1997, 957.

المفروض أن هناك عقداً لم يقم أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته ممـا أعطـي الحق للطرف الآخر في إلمطالبة بالتعويض، وهذا مـا يفـرض علـي القاضي البحث أولاً في طبيعة النزاع المطروح أمامه، فإذا انتهـي مـن ذلك إلي أن الأمر متعلق بعلاقة عقدية، فإن في الإمكان طرح البحث في مدي توافر عناصر المسئولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولا شك في أن مسألة التكييف ذات جانب قـانوني يخضـع فيهـا قاضـي الموضوع لرقابة محكمة النقض، فها هي محكمة النقض الفرنسية تنقض حكماً لمحكمة استئناف بسبب أنه انتهي من بحث النزاع المعروض إلـي أن الضرر الناتج ليس له علاقة بعقد النقل وإنما هو مستقل عنه، وهنـا قالت المحكمة العليا بأن إلمسئولية تكون عقدية طالما أن أصل الضـرر يكمن في تنفيذ عقد النقل[١].

ج- علاقة السببية :

لا شك في أن الاستغناء عن عنصري الخطأ والضـرر كمتطلبـين لثبوت حق الدائن في المطالبة بالتعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل، يؤدي إلي عدم الحاجة للحديث عن علاقة السببية التي تقوم بين الخطأ والضـرر،

---

(1) Cass, Comm, 24-9-2003, D, 2004, inf. Rap, p. 34. "Viole l'art. 1147, c, Civ, une cour d'app. Qui, pour rejeter l'exception de competen ce fondée sur la clause de la charte – partie à laquelle se réfère le comparltement, attribue compétence aux juridictions anglaises, pasties, tout en relevant que le dommage avait son origine dans l'exécution du contrat de transport liant les parties".

وإن كان يمكن الحديث عن مثل هذه العلاقة من زاوية أخرى تتعلق بإسناد عدم التنفيذ إلي المدين، بمعني ألا يكون تخلف التنفيذ، أو العيب، أو التأخير فيه راجعاً إلي سبب أجنبي لا يد للمدين فيه. فإذا توافر هذا السبب بأشكاله المتعددة فلا يكون هناك مجال أمام الدائن للمطالبة بإعمال أية وسيلة من الوسائل السابق الحديث عنها بما في ذلك التعويض (كتنفيذ بمقابل).

ثانيا : كيفية تقدير التعويض :

وفي ظل هذه النظرة إلي التعويض علي أنه وسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ، فإن ما يثار هنا يتعلق بكيفية احتساب التعويض وتقديره.

ونشير في البداية – إلي المبدأ الذي يحكم هذا التقدير، ويرتبط بضرورة إجراء مقارنة بين ما هو معهود به في العقد وما هو متفق عليه كمزايا للدائن من ورائه وبين ما لم يحصل عليه، وتكون نتيجة المقارنة هي حجم التعويض المستحق للدائن، وبهذا يجب تفسير المواد الموجودة في القانون المدني والمتعلقة بعناصر الضرر التي يتم تقدير التعويض وفقاً لها.

وأول ما يثار في هذا الصدد المادة (١١٤٩ مدني فرنسي) تقابلها المادة (٢٢١ مدني مصري) فكلتا المادتين تشيران إلي أن التعويض

يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول. وأول ما يلاحظ هنا أن هاتين المادتين وما بعدهما من القواعد التي تحكم التعويض بشكل عام، أي سواء أكان مصدره العقد أم القانون، فالدائن بالالتزام، أياً كان مصدره، يكون له الحق في التعويض عن الخسارة التي لحقته والمكسب الذي فاته.

ويفسر أنصار الاتجاه الجديد المادة (١١٤٩ مدني فرنسي) بشكل يختلف عن التفسير التقليدي لها وذلك بالربط بين الخسارة المحققة والمكسب الضائع وبين المزايا التي ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الالتزام[1] وهو ما يعني قصر التعويض علي ما كان يأمله الدائن من وراء العقد، وينطبق ذلك علي التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل، أي وسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام غير المنفذ، أما إذا ترتب علي عدم التنفيذ ضرر يتمثل في خسارة محققة ومكسب ضائع يفوق تلك المزايا التي كان ينتظرها الدائن من التنفيذ، فلا تكون مطالبة الدائن متعلقة بالتعويض كتنفيذ بمقابل، وإنما نصبح أمام تعويض بوصفه وسيلة إصلاح أو جبر للضرر وهو ما يخرج عن دور التعويض وفقاً للاتجاه الفقهي الجديد ويثير مسألة نوع المسئولية الواجبة التطبيق في هذه الحالة.

---

(١) SAVAUX. Op. cit., No. 34.

وما نثيره هنا يقتصر علي النظرة إلي التعويض بوصفه تنفيذاً بمقابل وما ينتج عن ذلك من حضره في المزايا التي فقدها الدائن بسبب عدم التنفيذ، علي أن تعتبر هذه المزايا - في حد ذاتها - مكسباً ضائعاً وخسارة محققة تتمثل في الثراء الذي ضاع علي الدائن بالنظر إلي الشيء محل الالتزام.

ويعبر البعض عن ذلك(١) بضرورة التمييز بين نوعين من الأضرار يسمي أولهما بالأضرار الباطنة أو الداخلية وهي تتمثل فعلاً في المزايا التي كان ينتظرها الدائن من وراء تنفيذ الالتزام وفقدها بسبب عدم التنفيذ وهذه الأضرار يثبت الحق للدائن في المطالبة بالتعويض عنها من خلال التنفيذ بمقابل ولا يحتاج بشأنها إلي إثبات وجود العناصر السابق الحديث عنها (الخطأ والضرر وعلاقة السببية). وهذه يجب تفسيرها علي نحو ضيق بحيث تقتصر علي المزايا المشار إليها بوضوح في العقد، أو تنتج بشكل تلقائي وضروري عن الشيء محل الالتزام، وهي ما يعبر عنها بما توقعه الطرفان عند إبرام العقد أو كان يجب عليهما توقعه.

ويتعلق النوع الثاني بالأضرار الظاهرة أو الخارجية وهي تقوم لتغطية الأضرار التي أصابت الدائن خارج الشيء محل الالتزام، كأن تصيبه في جسده أو في أموال أخرى مملوكة له، بشرط أن تحدث الإصابة أثناء تنفيذ الالتزام العقدي أو بسبب عدم تنفيذه.

---

(١) SAVAUX, op. Cit., No 34.

وهناك مثال مأخوذ عن الفقه التقليدي يوضح التفرقة بين التعويضات الباطنة أو الداخلية والتعويضات الظاهرة، أو بالأحرى الفرق بين الضرر المتوقع وهو ما يجب تعويضه فقط في إطار المسئولية العقدية والضرر غير المتوقع وهو ما يتعين استبعاده من نطاق التعويض في ظل هذه المسئولية كقاعدة عامة إلا في حالات الغش أو الخطأ الجسيم، ويتعلق المثال بشخص اشتري قطعاً خشبية لبناء منزل، وبعد البناء، تهدم المنزل بسبب عيوب خفية في مواد البناء، فهنا يثبت الحق للدائن (المالك) في المطالبة بالتعويض كوسيلة تنفيذ بمقابل للالتزام غير المنفذ والمتمثل في الإخلال بعقد البيع بسبب العيوب التي ظهرت في القطع الخشبية، لأن الخسارة التي لحقت به تعد ضرراً متوقعاً يقابله تعويضات جوهرية أو داخلية، وفيما عدا ذلك من أضرار متمثلة في خسارة المنزل والمنقولات التي كانت موجودة به، فهي أضرار خارجية أو ظاهرية بعيدة عن الشيء محل الالتزام، ولذلك لا يسأل عنها بائع القطع الخشبية المعيبة في إطار الرابطة العقدية بمعني أن حق الدائن في التعويض عن هذه الأضرار لا يعد تنفيذاً بمقابل، وإنما ينظر إلي التعويض هنا علي أنه وسيلة إصلاح وجبر للأضرار ما يخرج عن نطاق المسئولية العقدية ليدخل في مجال المسئولية التقصيرية.

ومما يستحسن الإشارة إليه هنا المادة (١١٥٠ مدني فرنسي)، تقابلها الفقرة الثانية من المادة (٢٢١ مدني مصري) والتي تنص علي أنه إذا

كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد[١].

فقد تمسك الفقه التقليدي بمقدار التعويض، وكونه يشمل – في العقدية – الأضرار المباشرة والمتوقعة فقط عند انتفاء الغش أو الخطأ الجسيم، بينما يشمل – في التقصيرية – الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، كفارق أساسي بين نوعي المسئولية.

وقد أشرنا – من قبل – إلي الانتقاد الذي وجهه بعض الفقه إلي هذا التحليل، ونضيف هنا ما طرحه أنصار الاتجاه الفقهي الجديد بالقول بأن ما عرضه الفقهاء التقليديون من تبرير لقصر التعويض في المسئولية العقدية علي الأضرار المباشرة المتوقعة أو ما كان يمكن توقعها عند إبرام العقد، أمر يتفق مع النظرة إلي دور التعويض في هذه المسئولية الذي يهدف إلي تزويد الدائن بمقابل بما كان يمكن أن يعطيه إياه التنفيذ العيني للالتزامات العقدية وليس أكثر من ذلك.

وهذا ما يفرض ضرورة التقيد بكل ما توقعه الطرفان عند إبرام العقد أو بما كان يمكن أن يتوقعه الشخص المعتاد عندئذ، وهذا القصر – وفقاً لاتجاهات فقهية حديثة – يصطدم مع المبدأ الذي تفرضه قواعد العدالة

---

(١) Art. 1150, C. C. F. "Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

ويحتمه المنطق ألا وهو ضرورة الأخذ بالتعويض الكامل عن كل ما يسببه عدم تنفيذ الالتزام أياً كان مصدره[١]، فهذا المبدأ ترعاه السياسة التشريعية الحالية، كما أخذه في الاعتبار القضاء وهو في طريقه لتحقيق التوازن بين الدائن والمدين[٢]. وتكون النتيجة هي عدم تقيد القاضي أثناء تقدير التعويض بما توقعه الطرفان أو بما كان يمكن توقعه عادة عند إبرام العقد، وإنما عليه أن يصل بالتعويض إلي حد إزالة كل الآثار التي رتبها عدم التنفيذ. وهذا ما يفرض أموراً عدة :

أولها : إعادة النظر في هذه المواد وغيرها التي تثير لبساً أو تؤدي إلي مشاكل في التطبيق العملي، وهذا يتطلب تدخلاً تشريعياً ربما يحتاج إلي وقت، وإذا حدث ذلك، فإن الأمر لا يقتصر علي المادة (١١٥٠ مدني فرنسي) والمادة (٢/٢٢١ مدني مصري) وإنما يجب أن يمتد إلي مواد أخرى مثل المادة (١١٤٠) تقابلها المادة (١/٢٢١) وهي التي تشير - كما رأينا - إلي عناصر التعويض من خسارة محققة ومكسب ضائع، وذلك حتى يكون هناك تناسق وتوازن بالنسبة لمسألة تقدير التعويض كوسيلة من وسائل تنفيذ الالتزام بمقابل، إذ يتعين أن يتم وفقاً للمزايا والفوائد التي حُرم منها الدائن بسبب عدم أو سوء التنفيذ أو التأخر فيه،

---

(١) REMY. op. cit., No, 41.

(٢) VINEY. La responsabilité, effets, No 333.

وقد أشارت إلي أن إلغاء المادة ١١٥٠ مدني فرنسي يعيد القوة للعقد إذ سيكون هو المصدر لتحديد الجزاء الواجب لمواجهة حالة عدم التنفيذ.

حتى ولو تجاوز مقدار التعويض المكسب الضائع والخسارة المحققة وأيضاً ولو امتد إلي آثار مترتبة علي عدم التنفيذ ولو شكلت أضراراً غير متوقعة من جانب الطرفين عند إبرام العقد.

ثانيها : وإذا لم يتيسر الطريق الأول ألا وهو إلغاء هذه المواد، فلا مناص من إعادة تفسيرها بشكل أوسع ويتفق مع النظرة إلي التعويض علي أنه وسيلة تنفيذ بمقابل في إطار المسئولية العقدية. ويشير الفقه إلي أن هذا التفسير يعتمد بالدرجة الأولي علي الإرادة الضمنية للأطراف وما كانت عليه عند إبرام العقد للوقوف علي ما كان يمكن أن يتوقعوه من أضرار. بمعني أن التوقع أو عدم التوقع يجب أن يعتمد علي معيار شخصي يقوم علي الإرادة الظاهرة المدونة من الأطراف في العقد، وكذلك الإرادة الباطنة التي يجب استخلاصها من الظروف المحيطة بالتعاقد ومن المعاملات السابقة بين الطرفين إن وجدت.

ويؤدي الأخذ بالمعيار الشخصي في قياس التوقع إلي استبعاد المعيار الموضوعي الذي يقوم علي التحكم بتحديد مقدار الضرر المتوقع بما كان يمكن أن يتوقعه الشخص المعتاد عند التعاقد، فمعيار الرجل المعتاد معيار موضوعي في شقه الأكبر بحيث يعد ضرراً متوقعاً ذلك الضرر الذي كان يمكن للشخص المعتاد أن يتوقعه لو وضع في نفس ظروف التعاقد والأطراف.

وبذلك يتضح أن ما يمكن للدائن أن يتمسك به مرتبط بالشيء نفسه

محل الالتزام وليس بواقعة عدم التنفيذ، وهو ما تم التعبير عنه – من قبل – بالأضرار الداخلية أو الباطنة وهذا ما يؤدي إلي استبعاد الأضرار الأخرى التي لحقت بالدائن خارج الشيء محل الالتزام من نطاق التعويض، كما لو أصابته في جسمه أو في أموال أخرى مملوكة له وكان ذلك بمناسبة تنفيذ العقد.

الباب الثاني

الإرادة المنفردة

لم ينظم المشرع المصري حالات تطبيقه لدور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام بشكل مستقل إلا في مادة وحيدة وهي المادة (١٦٢) المتعلقة بالوعد بجائزة.

ولهذا لم تحظ الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام باهتمام ظاهر لا من المشرع ولا من الفقه، ولم تلق تطبيقات بارزة في مجال القضاء.

ولهذا سوف نعرض بإيجاز شديد لهذه المادة وما يدور حولها من آراء أو تعليقات وذلك من باب تكملة شكل الدراسة وتتمة للمصادر الإرادية.

فقد نصت المادة (١٦٢ مدني) علي أن : "

١-من وجه للجمهور وعدا بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلي الوعد بالجائزة أو دون علم بها.

٢-وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، علي ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع

خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه للجمهور .

نبين من هذه المادة الأمور الآتية :

١-إن الإرادة المنفردة وحدها هي مصدر الالتزام هنا، فهي التي تتجه باختيارها إلي إنشاء الالتزام دون حاجة إلي إرادة مقابلة.

٢-يتعين حتى يترتب علي هذه الإرادة الأثر القانوني المتمثل في إنشاء الالتزام، أن تعبر الإرادة تعبيراً حقيقياً وجاداً ونهائياً عن رغبتها في الالتزام، وهنا تنطبق القواعد العامة التي تحكم التعبير عن الإرادة بالشروط المطلوبة لذلك من حيث سلامتها وخلوها من العيوب أو الموانع.

٣-كما ينبغي أن يرد الالتزام بالإرادة المنفردة علي محل ممكن مشروع وقابل للتحقق وذلك علي ضوء ما عرضنا له في إطار الحديث عن العقد.

٤-يتعين أيضاً أن يوجه صاحب الوعد بالجائزة إلي الجمهور عامة دون تحديد أي يوجه إلي أشخاص غير محددين بذواتهم؛ إذ لو وجه الإعلان إلي بعض الأشخاص المحددين نصبح أمام إيجاب وليس التزاماً بالإرادة المنفردة.

ولكن ذلك لا يمنع من توجيه الوعد بالجائزة إلي مجموعة من الأشخاص بشرط أن يحدد هؤلاء بصفاتهم وليس بذواتهم كالأطباء أو

المحامين أو غيرهم. بل يمكن توجيه الوعد إلي شخص واحد، طالما تمت مخاطبة هذا الشخص بصفته لا بشخصه.

٥-أن يتم الإعلان عن الجائزة إلي الجمهور بشكل مباشر وعلني كأن يتم بوسيلة من وسائل الإعلام، مثل الصحافة أو الإذاعة أو النشرات أو الإعلان في أماكن عامة مفتوحة للجمهور، بحيث يتم التأكد من وصول الإعلان إلي عدد كبير من الأشخاص.

٦-أن يحدد الواعد جائزة لمن يقوم بالعمل المطلوب أي كان شكل وطبيعة الجائزة، فقد تكون مبلغاً مالياً أو امتيازات عينية أو تسهيلات معينة أو أي شيء له قيمة مالية، وقد تكون الجائزة ذات طبيعة أدبية لها كشهادة تقدير أو ميدالية أو كأس.

٧-يجب أن يكون العمل المطلوب القيام به محدداً أياً كانت طبيعته، فقد يتمثل في العثور علي شيء مفقود أو شخص وقد يكون النجاح في الدراسة أو في تحقيق نجاح في أي أمر من الأمور، أو اكتشاف علاج لبعض الأمراض أو غير ذلك من الأعمال التي يمكن القيام بها.

٨-قد يحدد الوعد مدة معينة لتنفيذ العمل المطلوب وهنا يظل الواعد ملتزماً طيلة هذه المدة، فإذا انتهت ولم يتم العمل زال الالتزام، وقد يكون الوعد غير مقترن بأية مدة، أي أن الوعد يكون غير

محدد المدة، وهنا يحق لأي من الجمهور تنفيذ العمل المطلوب والفوز بالجائزة المعلن عنها.

٩-في حالة تحديد مدة للوعد، لا يحق للواعد الرجوع في وعده طيلة هذه المدة، ويظل الوعد قائماً، ويحق لأي شخص أن يقوم بالعمل المطلوب، فإذا انقضت المدة دون القيام بالعمل سقط الالتزام، ولا يحق لمن يقوم بالعمل بعد انتهاء المدة المطالبة بالجائزة علي أساس الوعد، وإن كان يحق له هنا المطالبة بتطبيق أحكام الإثراء بلا سبب أو الفضالة.

١٠-قد يشترط الواعد، علاوة علي تنفيذ العمل المطلوب، أية شروط أخرى، كأن يتقدم من نفذ العمل بطلب للحصول علي الجائزة في مدة معينة من تنفيذ العمل. أو متابعة العمل بعد أدائه أو ضمان هذا العمل.

١١- يستوي في الحصول علي الجائزة الموعود بها أن يعلم من قام بالعمل المطلوب بوجود الجائزة أو جهله بذلك، فقد أشارت المادة (١٦٢) إلي أن "ولو قام به دون نظر إلي الجائزة أو دون علم بها" فقد يقوم الشخص بالعمل تحقيقاً لرغبة خاصة به أو لاعتبارات إنسانية أو بدوافع دينية أخلاقية، أياً كان الباعث الدافع إلي القيام بالعمل، فإن الجائزة تكون من حق من قام به.

وقد أشارت المذكرة التفسيرية للتقنين المدني أن "يستحق الجائزة ولو كان قد قام بالعمل قبل الإعلان عن الجائزة"[١].

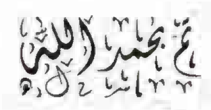
١٢- أما إذا لم يحدد الواعد مدة لوعده، فإن من حقه الرجوع في الوعد في أي مدة بشرط أن يكون ذلك قبل القيام بالعمل المطلوب من جانب أي شخص، حيث لا يكون الوعد لازماً له، غير أنه يشترط أن يعلن عن الرجوع في الوعد بالشكل نفسه الذي تم به الإعلان، فإذا رجع الواعد في وعده، ومع ذلك قام أحد الأشخاص بالعمل المطلوب، طبقت عليه أحكام الفضالة، أما إذا قام شخص بالعمل قبل إعلان الواعد الرجوع في الوعد، أو دون علم بذلك الرجوع لأنه لم يتم بالطريقة ذاتها التي تم بها الإعلان، فإن الجائزة تكون من حق القائم بالعمل، بل إن لمن قام بالعمل الحق في الجائزة حتى ولو قام به قبل الإعلان عن الجازة، والشرط الوحيد هنا – طبقاً للمادة (٢/١٦٢) – أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع عن الوعد بها، فإذا لم ترفع الدعوى خلال هذه المدة سقط الحق في الجائزة، لأن هذه المدة هي مدة سقوط فلا تسري عليها قواعد الانقطاع أو الوقف.

أما إذا كان الوعد بجائزة غير محدد المدة، فإن الوعد يظل قائماً

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج٢، ص٣٤٤ وما بعدها.

طالما لم يرجع الواعد في وعده، ولكن لا يبقي ذلك إلي ما لا نهايـــة، إذ يري بعض الفقه أن الوعد يظل قائماً طيلة المدة المعقولة، وهي تلك المدة التي يبقي فيها القيام بالعمل المطلوب مجدياً ومحققاً لقصد الواعد، فإذا لم يتم العمل في خلال هذه المدة المعقولة سقط التزام الواعد حتى ولـــو لـــم يعلن ذلك صراحة.



القسم الأول
المصادر غيرالإدارية
الباب الأول
المسئولية عن الفعل الضار
(المسئولسية التقصيرية)

إذا كنا قد عرضنا فيما سبق لأحكام العقد والجزاءات المترتبة علي الإخلال بهذه الأحكام أو التي تثار نتيجة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته والتي تتمثل أحياناً في فسخ العقد أو في المسئولية العقدية وفقاً لوجهة النظر التقليدية، فإن الدور قد جاء علي الحديث عن نوع آخر من مصادر الالتزام ويظهر في الإخلال بالواجبات أو الالتزامات التي تجد مصدرها في القانون، ومن هذا الإخلال تنشأ قواعد المسئولية التقصيرية وهي تلك المسئولية التي تقوم بشأن الشخص الذي يخالف الواجب العام المفروض علي الكافة والمتمثل في عدم الإضرار بالغير وتسمي المسئولية هنا "بالمسئولية الشخصية".

وقد تثور المسئولية التقصيرية أيضاً عند مخالفة الالتزامات المفروضة بنصوص خاصة أو مخالفة واجبات محددة وملقاة علي عاتق أشخاص معينين؛ وتسمي عندئذ بالمسئولية الموضوعية وهكذا يتضح أن المسئولية التقصيرية تنقسم إلي نوعين: **أحدهما** : المسئولية الشخصية أو المسئولية التقصيرية العادية.

ثانيهما : المسئولية الموضوعية (المفترضة).

الفصل الأول

المسئولية عن الفعل الشخصي

(المسئولية التقصيرية العادية)

يحكم هذا النوع من المسـئولية التقصـيرية المـادة (١٦٣) مـدني مصري، تقابلها المادة (١٣٨٢) مدني فرنسي.

فالمادة (١٦٣) تنص علي أن "كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم مـن ارتكبه بالتعويض". ولما كان ينظر إلي التعويض في إطار هذا النوع من المسئولية علي أن له دوراً في جبر الأضرار الناتجة وإصلاحها، أي أن التعويض هنا وسيلة لجبر الضرر، فإن ذلك معناه ضرورة توافر أركان المسئولية المعروفة وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

المبحث الأول

الخطأ

نستعرض في هذا المبحث موضوعين اثنين أولهما في تعريف الخطأ ويتعلق الثاني بدراسة صور الخطأ.

المطلب الأول

تعريف الخطأ

الخطأ – بصفة عامة – هو كل تقصير في التزام قانوني سابق[١] يسبب للغير ضرراً مادياً أو معنوياً ويؤدي إلي قيام المسئولية علي عاتق مرتكب التقصير مضمونها إصلاح الضرر الواقع. ولا يكفي حتى تقوم المسئولية أن يسبب الفعل أو الامتناع اعتداء علي المصالح المادية أو المعنوية وإنما يجب توافر صفة الخلل أو الإثم في هذا الفعل أو ذاك الامتناع[٢]. وبتعبير آخر، يجب أن يشكل الاعتداء علي حق الغير

---

(١) Fromageat, de la faute comme source de la responsabilité livre, I, 1981, p.2.

وتقوم المسئولية المدنية بصفة عامة باستمرار علي الخطأ الثابت أو المفترض.

- Teilliais (clementic) la faute dans l'application de l'article 1384 L. I. C. civil, th, Nantes 1989, p. 31.

(٢) يجب أن يكون الامتناع خاطئاً. إذ لا يجوز التعميم بالقول بأن امتناع أي فرد يؤدي إلي مسئوليته بل يلزم التفرقة بين الامتناع الإرادي الذي يؤدي إلي قيامها وغير الإرادي أو المشروع الذي تنتفي به.

Cohin – Marco. L'abstention fautive en droit civil et pénal, Sirey 1937, p. 30.

تقصيراً في التزام ناشئ علي عاتق المعتدي في مواجهة صاحب الحق.

وبذلك، فإن الشخص الذي يستعمل حقاً مشروعاً بدون إساءة لا تقوم مسئوليته عما قد يلحقه هذا الاستعمال من أضرار للغير. إذ أن هذا الضرر الناتج عن استعمال الحق لا يعطي إمكانية المطالبة بالتعويض مادام كان مشروعاً وفي نطاقه.

من ذلك مثلاً ما نصت عليه المادة (١٦٦) مدني بقولها "من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول. علي ألا يتجاوز في دفاعه القدر الضروري، وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعي فيه مقتضيات العدالة".

ومن ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (١٦٧) بقولها "لا يكون الموظف العام مسئولاً عن عمله الذي أضر بالغير إذا قام به تنفيذاً لأمر صدر إليه من رئيس، متى كانت إطاعة هذا الأمر واجبة عليه، أو كان يعتقد أنها واجبة، وأثبت أنه كان يعتقد مشروعية العمل الذي وقع فيه، وكان اعتقاده مبنياً علي أسباب معقولة، وأنه راعي في عمله جانب الحيطة".

ومن ذلك أخيراً حالة الضرورة التي نصت عليها المادة (١٦٨) بقولها "من سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

أما إذا كان الاستعمال غير مشروع أو بدت فيه إساءة أو عاصره غلو فإن المسئولية تقوم، حيث من المعروف أنه عند نهاية الحق يبدأ الالتزام فلا يمكن الخروج من نطاق الحق بدون الدخول في إطار الالتزام[١].

ولا يكفي أن يشكل فعل الشخص اعتداء علي الغير بما يعنيه من توافر ركن التعدي، وإنما ينبغي أن يتوافر الركن الآخر في الفعل وهو الإدراك أو الركن المعنوي، أي يجب أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً له وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان مميزاً ولذلك، فإن القاعدة العامة هي أنه لا مسئولية دون تمييز، فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه، لا ينسب إليهم خطأ لأنهم غير مدركين وإذا كانت هذه هي القاعدة العامة، فإن المادة (١٦٤ مدني) أوردت عليها استثناء بقولها "١- يكون الشخص مسئولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز، ٢- ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول علي تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مراعياً في ذلك مركز الخصوم".

ولا يكتفي بالفعل الضار حتى تنجح دعوى المسئولية، بل يجب إسناد

---

(١) انظر في إساءة استعمال الحق، د/ محمد شوقي السيد : التعسف في استعمال الحق، معياره وطبيعته – الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٩.

عدم تنفيذ الالتزام إلي سبب الضرر، وهو ما يمكن أن يتحقق باشتراط أن يكون الضرر الواقع نتيجة مباشرة ومحققة للفعل الضار، بحيث إذا استطاع المدعى عليه في دعوى المسئولية إثبات أن عدم التنفيذ للالتزام يرجع إلي ظروف خارجية لا دخل لإرادته فيها كالقوة القاهرة، فهنا يضع نهاية الدعوى بالفشل.

المطلب الثاني

صور الخطأ

قلنا أن الخطأ يظهر بوجه عام في الإخلال من جانب المدين بما يقع عليه من التزامات سابقة بما يؤدي إلي مؤاخذته. والسبيل إلي معرفة الإخلال هو معرفة مدي مجافاة سلوك المدين لمسلك الشخص العادي.

ولقد ثار التساؤل منذ زمن عما إذا كانت مسئولية أرباب المهن عموماً عن أنشطتهم المهنية يجب أن تكون أوسع أو أضيق من مسئولية ما عداهم ؟ وارتبط بهذا التساؤل آخر مؤداه هل يجب توافر أوصاف معينة في خطأ المهني حتى تقوم مسئوليته؟ وهل تخضع تلك المسئولية لقواعد موحدة بغض النظر عما إذا كان الخطأ المرتكب قد وقع أثناء وبسبب ممارسته لمهنته أم وقع منه خارج هذا النطاق أو حتى داخله وإنما باعتباره فرداً عادياً لا إنساناً مهنياً.

ويجئ تابعاً لذلك مرتبطاً به ارتباطاً لا انفصام له ما سيطر علي معظم الفقه والقضاء ردحاً طويلاً من الزمن من عدم مسئولية أصحاب المهن إلا عن خطئهم الجسيم أو الغش. ومؤدي ذلك أن مجرد الإهمال البسيط غير المصحوب بسوء نية لا يكفي وحده لقيام مسئولية هؤلاء، مدفوعين إلي ذلك بدوافع متعددة متجاهلين – في الوقت نفسه – بعض أطراف العلاقة التي تنتج عن ممارسة المهنة(١).

ولذلك يكون من المناسب استعراض الصور المختلفة للخطأ بصفة عامة، وذلك علي النحو الآتي :

أولاً : الخطأ العادي والخطأ المهني :

نقول أن هناك خطأ عادياً عندما يخالف الشخص قواعد الحيطة والحرص المفروضة علي الكافة، بحيث لا تنطوي المخالفة علي إخلال بأصول فنية أو قواعد مهنية. أي هو الخطأ الذي يقع بمجانبة الواجب العام من العناية التي يلزم بها كل مهني خارج مهنته أو داخلها مع انعدام علاقته بأصول المهنة.

أما الخطأ المهني فهو الخطأ المرتكب من شخص أثناء ممارسة

---

(١) انظر في ذلك : د/ عبد المنعم محمد داود : المسئولية القانونية للطبيب، دار نشر الثقافة، سنة ١٩٨٨، ص١٨ وما بعدها، د/ أحمد شرف الدين : مسئولية الطبيب، ذات السلاسل للطباعة والنشر بالكويت، سنة ١٩٨٦، ص٣٣ وما بعدها، د/ سليمان مرقس : مسئولية الطبيب وإدارة المستشفي، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٧ ص١٦٤.

مهنته، وينطوي علي إخلال بالقواعد العلمية والفنية لتلك المهنــة. ولقــد ظهرت هذه التفرقة بوضوح بالنسبة للطبيب. وقد مثل الفقه لخطئه العادي بالحالة التي يترك فيها أداة من أدوات الجراحة، أو قطعة شــاش داخــل جسم المريض أو يجري عملية وهو في حالة سكر بين، ومثلوا لخطئــه المهني بالجهل الفاضح بأصول علم الطب الذي يؤدي إلي الخطــأ فــي التشخيص كأن يأمر بإخراج مريض من المستشفي دون استكمال علاجه وتمام برئه مما يؤدي إلي استفحال علته[1].

ومن الممكن التمثيل للخطأ العادي للمحامي بالحالة التي يذهب فيهــا إلي الجلسة وهو في حالة سكر واضح مما يؤدي إلي تضــارب أقوالــه وعدم اتزان تصريحاته أو إهماله في ملف القضية مما ينتج عنه ضــياع معظم مستنداتها أو سرقتها. وأما خطؤه المهني فيمكن التمثيل له بالحالــة التي يترافع فيها عن مصالح متعارضة في آن واحد، أو تراخيه في رفع الاستئناف حتى فوات ميعاده أو قبوله للترافع أمام محكمة علي الرغم من عدم قيده لممارسة المهنة أمامها، وغير ذلك من الأخطاء التي تنبئ عن

---

[1] انظر فيما يتعلق بالتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني :

MAZEAUD, COUR de droit civil, Tome3, 1956, No, 462 , RODIERE, "La responsabilité civile" Paris, 1952, No. 1423. VOISENET (p.) "La faute lourde" DIJON. 1934, p. 361.

السنهوري : الوسيط، ج١، رقم ٥٤٨ وما بعدها، د/ أحمد سلامة : نظرية الالتزام، مؤسســة دار الثقافة للنشر سنة ١٩٧٥، رقم ١٧٣، د/ حمدي عبد الرحمن : معصومية الجسد ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – يناير – يوليو سنة ١٩٨٠، السنة ٢٢، ص١٨ وما بعدها.

جهل أو تجاهل لأصول وقواعد المهنة.

وترتب علي التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني نتـائج مهمـة وخطيرة منها اشتراط الخطأ الجسيم لإمكان مساءلة المهني عـن خطئـه المهني ولا يمكن ملاحقته عن أي إهمال أو تقصير مادام لم يصل إلـي درجة معينة من الجسامة.

ويعلل أنصار تلك التفرقة بضرورتها لتوفير الحرية اللازمة لحسـن أدائه لواجبه والطمأنينة الواجبة لقيامه بعمله. إذ أن هذه المهن دقيقة فـي ممارستها ودائمة التطور وترجع في معظمها إلي ضمير المهني أكثر من رجوعها إلي القانون. كما أن طبيعة الخدمات التي يؤديها تتطلب مبادرة وحرية أكبر في التصرف، وفي تهديدهم بمسئولية صارمة تقليل من هذه المبادرات وفقدان لعزيمتهم وتثبيط لهممهم علـي الابتكـار والاجتهـاد وتكون النتيجة في النهاية ضد المصلحة العامة التـي تشـمل مصـلحة العملاء أنفسهم سواء المرضي بالنسبة للطبيب أو المتقاضـين بالنسـبة للمحامي أو عملاء غيرهم من المهنيين(١). كما أضافوا أنه من أجل تقدير مسئولية المهني يجب توافر أهلية فنية لا يمتلكها القاضي وسوف يقصـر كلية في دوره كقاض إذا هو اتجه إلي أخذ جزء من هـذه المتناقضـات العلمية. فأمام هذه الشكوك فإن وجود الخطأ المهني نفسه يصـبح غيـر

---

(١) SAVATIER (J.) étude Juridique et pratique de la profession libérale Poitiers. 1946, p. 325.

مؤكد ولا يمكن أن يقدم بسهولة أرضاً صلبة للمسئولية[١].

وعلي صعيد القضاء فإننا نجد العديد من المحاكم ما أكد في قضائه علي هذه التفرقة، متطلبة لقيام مسئولية المهني عن نشاطه توافر درجة معينة من الجسامة في خطئه. وقد ظهر ذلك بالنسبة للطبيب في كثير من الأحكام التي نفت عنه المسئولية لعدم ثبوت الخطأ الجسيم في جانبه ذاهبة إلي أن الإهمال البسيط أو الخطأ اليسير لا يكفيان لقيام المسئولية[٢]. كما وجدت أيضاً بعض الأحكام التي صدرت بخصوص المحامي التي رفضت فيها المحاكم الاعتراف بمسئوليته لانتفاء الخطأ الجسيم[٣].

إذا كانت هذه الادعاءات السابق ذكرها بخصوص الخطأ المهني قد وجد لها صدي في بعض أحكام المحاكم العادية كما رأينا فإنها لم تقبل من محكمة النقض الفرنسية[٤] التي أقرت مسئولية الطبيب عن خطئه أياً كانت درجة جسامته مؤكدة علي أن نصوص القانون تطبق علي كل خطأ أياً كان مرتكبه وأياً كان مركزه أو وظيفته[٥]. وهذا التأكيد من جانب محكمة النقض الفرنسية وإن جاء بمناسبة تطبيق المواد (١٣٨٢، ١٣٨٣)

---

(١) SAVATIER (J.) étude. Op. cit.. p. 327.

(٢) TRIB – Civ – ALENCON, 29-4-1930, Gaz. Pal, 1930, 11, p. 112.

(٣) Lyon 12-1-1932, S, 1933, 2, 46. TRIB – de – SEIN 6-5-1942, Gaz- Pal, 1942, 2, 35.

(٤) BEDDANT (Robrt) Cour de droit civil Français Tom IX Bis. Paris 1952, p. 57.

(٥) Cass. Civ. 29-11-1920, D. p. 1924, 1, 203.

المتعلقة بالمسئولية التقصيرية غير أن عبارات المحكمة جاءت بصفة العموم مما لا يسمح معه بقصر ذلك علي أحد نوعي المسئولية وهي المسئولية التقصيرية وإخراج المسئولية العقدية من هذا العموم. كما لا يفهم من بعض أحكامها أخذها بهذه التفرقة حيث جاءت عباراتها في بعض الأحيان غامضة وخلطت فيها بين تقدير الخطأ وقيام المسئولية وبين المعيار الذي يقاس به هذا الخطأ مما أدي إلي الفهم بأخذها بالتفرقة السابق ذكرها.

كما أن هناك من محاكم القضاء العادي ما رفضت الأخذ بهذه التفرقة مقررة قيام مسئولية المهني عن أي خطأ يسبب ضرراً للعميل[١].

نقد التفرقة :

ويتضح مما سبق مدي تأثير الحجج التي قامت عليها التفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني علي القضاء مما أدي إلي ميله الواضح إلي التخفيف عن مسئولية المهني.

ولكن – في المقابل – القانون قد تطور واتجه إلي زيادة المسئولية بصفة عامة من خلال تعويض أكبر قدر ممكن من الأضرار المحتملة.

---

(١) انظر بالنسبة للطبيب :

TOULOUSE, 25-5-1938 Gaz Pal. 11, p. 363, TOULOUSE, 26-5-1939, Gaz Pal. 1940, 1, 61. GRENOBLE, 4-11-1952, J. C. P. 1952, 11 N° 6870.

وبالنسبة [illegible]امي :

NANCI 28-2-1934, S, 1934, 2, 237. Cass. Civ. 16-4-1935, S, [illegible]5, 1, 188.

هذا التطور أدي إلي هجر هذه التفرقة من جانب الكثير من الفقهاء، علي افتراض أن من يمارس مهنة يحوز المعلومات النظرية والمران العملي اللذين تقتضيهما. وليس من المقبول أن نطبق مسئولية أخف علي من يملك معلومات أكبر. وهذا الهجر لهذه التفرقة راجع – بالإضافة إلي ما سبق – إلي أسباب عديدة منها :

أولاً : قيامها علي غير أساس من القانون أو المنطق فالمادة (١٦٣)[١] مدني مصري وغيرها من المواد المتعلقة بالمسئولية جاءت في ألفاظها من العموم ما لا يسمح بإجراء أي تفرقة بين ذوي المهن وغيرهم ويعتبر مخالفة صريحة لهذه النصوص اقتضاء خطأ جسيم لقيام المسئولية.

ثانياً : عدم وجود ضابط دقيق للتفرقة بين الخطأ العادي والخطأ المهني، حيث يصعب في كثير من الأحيان تصنيف أخطاء المهني للوقوف علي ما يعتبر منها مهنياً وما لا يعتبر كذلك، وخاصة إذا تعلق الأمر بمسألة خلافية – وما أكثر مثل هذه المسائل في إطار المهن – وعدم الدقة في التفرقة هذه قد تؤدي إلي تباين الأحكام حول نفس المسألة نظراً لاختلاف تقدير قضاة كل محكمة لتلك المسألة.

ثالثاً : أنه إذا كان المهني في حاجة إلي بعث الطمأنينة والثقة في نفسه

---

[١] تقابلها المادة ١٣٨٢، ١٣٨٣ من القانون المدني الفرنسي.

بتأمينه ضد المسئولية في حالات الخطأ اليسير فإن عملاءه أيضاً - وبنفس القدر - في حاجة إلي حمايتهم من أخطائه أياً كانت درجتها. ولا شك في أن اشتراط درجة الجسامة في الخطأ الفني هو حرمان للعميل من واجب الحماية ضد هذا النوع من الأخطاء.

رابعاً : هذه التفرقة غير عادلة إذ علي أي أساس يستفيد المهني دون غيره من ميزة عدم مسئوليته عن الأخطاء اليسيرة. في حين أن من المتصور أن يحدث العكس، بمعني أن يسأل المهني عن أي تقصير أو إهمال حتى ولو كان يسيراً من منطلق حيازته لمؤهلات ومعلومات تفوق غيره، ومن واقع أن الناس ينتظرون منه الكثير مما يتوقعونه من الآخرين - فضلاً عن أن في اشتراط مثل هذا القيد مكافأة وحماية للمهنيين غير الحريصين والذين في تصرفاتهم رعونة(١).

خامساً : والتركيز علي روابط الثقة الموجودة بين المهني وعميله يؤدي إلي ضرورة تشديد مسئولية المهني. فإذا كان العميل يعهد كاملاً إلي المهني بمصالحة فيبدو من الضروري منع خيانة هذه الثقة بمجازاة المهني بشدة عن أي تقصير. وهذه الضرورة يبدو فرضها ليس فقط لمصلحة العميل وإنما أيضاً للمصلحة الاجتماعية ذاتها. فضلاً عما سبق، فإن المهني في علاقته بالعميل تعود عليه فائدة

---

(١) MAZEAUD. Op. cit., N°. 509.

بسبب تلك العلاقة ومن واقع أدائه لمهنته ولذلك فيجب عليه أن يتحمل مخاطر ممارستها أياً كان قدرها(١).

سادساً : وأخيراً، للتفرقة بين الأخطاء التي يرتكبها المهني ولا تتصل مباشرة بالفن الذي يمارسه والتي يمكن أن يرتكبها كل الناس، وتلك التي ترتبط بالفن المهني والتي يرتكبها أثناء ممارسة الفن الذي هو موضوع نشاط المهني. هذه التفرقة لها أهمية من جانب آخر ليس فيما يتعلق بقيام أو عدم قيام مسئولية المهني وإنما فيما يتعلق بالمعيار المتبع من جانب القاضي لقياس سلوك المهني. فالقاضي في حكمه علي سلوك المهني يجب عليه أولاً أن يحدد نوع الالتزام الواقع عليه والذي وقع الإخلال به، ثم بعد ذلك يحدد المعيار الذي يتبعه لتقدير ما إذا كان هناك خطأ في جانب المهني أم لا. فإذا استخلص من المرحلة الأولي أن الالتزام الذي وقعت المخالفة بصدده التزام عام ولا يثير أي أصل فني ولا يحتاج في معرفته لأي تقدير فني، لجأ إلي قياس سلوك المهني في هذا الصدد بمعيار سلوك الرجل المعتاد في شئونه العادية. أما إذا اتضح له أن الالتزام المخالف يرتبط بأصول المهنة وقواعدها ويحتاج في تقديره إلي عناصر فنية، فإنه يلجأ إلي معيار الرجل المهني العاقل ليتعرف علي وجود الخطأ في جانب المهني من عدمه بقياس سلوكه بسلوك

---

(١) SAVATIER (J.) étude. Op. cit., p. 325.

رجل مهني معتاد في نفس ظروفه وبنفس تخصصه(١) ولا شك في أن القاضي سيستعين بغيره من أهل الخبرة إذا لم تسعفه معلوماته الخاصة وما توقف عليه من العلوم(٢) وخاصة عند تقدير وجود الخطأ المهني من عدمه إذ أن ذلك يتطلب إثبات عدم معرفة معينة للواجبات المهنية مقدرة طبقاً للمعطيات العلمية المتاحة(٣).

ثانياً : الخطأ الجسيم والخطأ اليسير :

سبق القول أن التفرقة بين الخطأ المهني والخطأ العادي ارتبطت بها تفرقة أخرى بين الخطأ الجسيم والخطأ اليسير. فقد ربط بعض الفقهاء وعدد من المحاكم بين الخطأ المهني والخطأ الجسيم مشترطين درجة معينة من الجسامة لتقوم مسئولية المهني عن خطئه المرتكب بالمخالفة لأصول وقواعد المهنة.

---

(١) SAVATIER (R.) note sous Req 30-11-1938. Op. cit.

إذ قال في تعليقه علي الحكم السابق : "أنه يوجد – فيما يخص الطبيب – نطاقان من الأنشطة الأول يكون فيه الطبيب إنساناً كالآخرين يقاس خطؤه ويثبت بنفس الطريقة التي تستخدم مع كل الناس والثاني وهو الخاص بالنطاق الفني أو المهني ولا يمكن قياس خطأ الطبيب هنا إلا طبقاً لمعيار خاص".

(٢) SAVATIER (J.) étude op. cit.. p. 329.

(٣) Cass. Civ. 18-10-1937, D. H, 1937, p. 549.

نظرية تدرج الأخطاء :

وهي نظرية عرفت في القانون الروماني ثم انتقلت إلي القانون الفرنسي القديم. وفي القانون الفرنسي الحديث لم تظهر بصورة واضحة، وإن كانت قد ظهرت في بعض الحالات التشريعية ومازال يناصرها بعض الفقه وثلة من المحاكم. وهذه النظرية تقوم علي أساس تدرج الخطأ غير العمدي من خطأ جسيم إلي خطأ يسير ثم خطأ يسير جداً(١).

الخطأ اليسير جداً(٢) :

وهو ذلك الخطأ الذي يقع بالقدر الطفيف من الإهمال وعدم الانتباه ولا يرتكبه شخص فائق العناية شديد الحرص. وتقوم مسئولية مرتكب هذا الخطأ مادام قد ترتب عليه ضرر وقامت علاقة السببية بينهما، إذ أن القانون لم يعلق قيام المسئولية علي درجة معينة من الجسامة. علي عكس ما ذهب إليه بعض الفقه إلي عدم قيام مسئولية المهني عن خطئه اليسير ومن باب أولي الخطأ اليسير جداً (التافه).

---

(١) ويلاحظ أن هناك نوعاً آخر من الخطأ يسمي بالخطأ غير المغتفر ولم يظهر إلا في التشريع الفرنسي وفي حالات محددة علي سبيل الحصر وهي ثلاث حالات الأولي المتعلقة بحوادث العمل، الثانية ظهرت في قانون العمل البحري، والثالثة تتعلق بصندوق التعاون أو الادخار التابع للملاحة البحرية الفرنسية.

COEURET (Alain), la faute inexcusable et ses applications jurisprudentiels. Gaz. Pal, Décembre 1987, chre p. 2.

(٢) FAUTE Très légers.

الخطأ البسيط أو اليسير[١] :

وهو الذي لا يرتكبه شخص متوسط الحرص معتاد العناية وهو الذي عنته المادة (٢١١) من القانون المدني المصري، (١١٣٧) من مثيله الفرنسي، وهو الشخص الذي يتخذ معياراً عاماً مجرداً لقياس سلوك المدين وتحديد مدي مسئوليته ويطلق عليه معيار رب الأسرة العاقل، والذي يتعين فيه علي القاضي إجراء المقارنة بين درجة الحرص والعناية التي بذلها المدين وبين حرص ويقظة رجل معتاد في مثل ظروف المدين ليحدد مسئوليته. وإذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة فإن عدم الوفاء به يؤدي إلي مسئولية المدين دون حاجة إلي البحث في سلوكه أو تقصي ظروفه. ولا يعفي من المسئولية إلا إذا أثبت أن عدم الوفاء راجع إلي سبب أجنبي.

الخطأ الجسيم[٢] :

قد يبدو للوهلة الأولي أنه من اليسير استظهار الخطأ الجسيم. وفي الواقع، أن هذا النوع من الخطأ يدق تمييزه. فإذا كان من السهل تمييزه عن الغش تبعاً للإرادة أو القصد إذ تغيب إرادة إحداث الضرر في الخطأ الجسيم وتتوافر في الغش[٣]. فإن من الصعب تمييزه عن الخطأ اليسير.

---

(١) FAUTE legere.

(٢) Faute lourde.

(٣) FLOUR (J.) et AUBERT (Lus) droit civil, les obligations, Volum. 11, Paris. 1981, p. 123. , CARBONNIER, les obligations, No. 94. P. 352.
ويلاحظ أن القانون المدني لم يعرف الخطأ الجسيم مكتفياً بالإشارة إليه في بعض الحالات علي عكس بعض القوانين التي عرفته مثل القانون المدني اليماني.

ولقد اقترح في هذا الصدد العديد من المعايير لم يسلم أحدها من النقد، وقد عرفه فقهاء الرومان من قبل بأنه عدم إدراك وعدم توقع ما كان علي أحد أن يدركه أو يتوقعه. أو هو الفعل الذي به لا يحمل المدين لشئون الغير العناية التي يحملها الشخص الأقل عناية والأكثر غباء في شئونه الخاصة(١).

نظرية جوسران(٢) :

فقد بدأ بتحديد ما يخرج عن الخطأ العادي وببيان أن معياره ليس معياراً شخصياً، حتى لا يؤدي ذلك إلي اعتبار أخطاء المدين الذي اعتاد منتهي اليقظة والحرص من قبيل الخطأ الجسيم حتى إذا كانت في الواقع تافهة. كما أنه استبعد اعتبار الخطأ المهني خطأً جسيماً باستمرار إذ أن من الأخطاء المهنية ما هو يسير أو تافه ومنها ما هو جسيم. ثم يعرف جوسران الخطأ الجسيم بأنه ذلك النوع الذي يتميز بدرجة جسامته أو هو الذي يبلغ من الجسامة والفحش حداً يدل علي عدم أهلية من ارتكبه، ويبين منه أنه غير كفء للقيام بالواجب المفروض عليه. وهذا التعريف الذي وضعه جوسران لم يقدم جديداً ولم يعط تعريفاً دقيقاً للخطأ الجسيم إذ أنه لم يوضح متى تكون جسامة الخطأ دالة علي عدم أهلية الشخص المسئول(٣).

---

(١) JOSSERAND COURS op. cit. no. 427 et suiv.

(٢) POTHIER, les obligations Tome, 2, p. 497.

(٣) حسن عكوش : المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد – طبعة أولي – مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٩، رقم ٣١٤.

نظرية فوازينيه[١] :

تبدأ بتحديد مركز الخطأ الجسيم وإبعاد الأفكار القريبة منه – كعدم الربط بينه وبين الخطأ المربح أو بينه وبين الخطأ المهني إذ الأخير ليس جسيماً حتماً بل هو علي درجات متفاوتة. ثم يبدأ فوازينيه في تحليل فكرة الخطأ الجسيم ويعرفه في القانون الروماني بأنه الإخلال الفاحش بواجب قانوني أو هو القصور عن عناية أقل الناس كفاية وعدم توقعه ما يتوقعه الكافة. ثم ينتقل إلي الخطأ بمعناه الحديث فيقول إنه فكرة تدل علي التقدم العلمي ووسيلة تؤدي إليه كما أنه وسيلة قضائية للتخفيف من المسئولية. ففي مهنة الطب – مثلاً. اقتضي التقدم العلمي عدم مساءلة الطبيب عن كل ما يقع منه من أخطأ وإلا أدي ذلك إلي إحجامه عن الابتكار وعدم متابعة التطور العلمي[٢].

فالخطأ الجسيم هنا هو الذي يوجبه التقدم. وتدعم فكرة التقدم هذه فكرة العدالة حيث نقل إلينا القانون المدني القديم عقلية الشعب في ذلك العصر التي كانت ترفض وجود مسئولية نصفية أو أخطاء متعددة بل هناك خطأ وقوة قاهرة ومتى توافر الخطأ والضرر وجب التعويض الكامل. أما الآن فقد أصبحت القواعد المجردة غير مقبولة. فبين

---

(١) VOISENET, la faute lourde. Op. cit., p. 361 et suiv.

(٢) مع مراعاة اعتراضنا السابق علي ذلك، إذ أن حماية الطبيب وتشجيعه علي الابتكار ومتابعة التطور لا ينبغي علي الإطلاق أن تطغي علي اعتبار آخر لا يقل أهمية عنه بل يفوقه في الأهمية ألا وهو حماية المتعاملين مع الطبيب من كل أخطائه اليسير منها مثل الجسيم.

المسئولية الكاملة وانعدامها توجد أحوال وسطي يسأل فيها المدين ولكـن في حدود معينة فحل محل التعويض الكامل نظام التعويض المتدرج[١].

في الحقيقة، أن هذا خلط بين عنصر الخطأ كشرط لقيـام المسـئولية وبين النتائج المترتبة علي تحقق تلك المسئولية، المتمثلة في إحداها فـي مقدار التعويض الذي يتباين – بطبيعة الحال – ضيقاً واتساعاً علي حسب درجة جسامة الخطأ.

نظرية أسمان[٢] :

علي أن الضابط الأكثر رواجاً في الفقه[٣]، والذي يستخلص من عدة أحكام، الذي ذهب إليه الفقيه أسمان ويتأسس علي درجة احتمال الضرر، أي علي درجة توقعه أو إمكان توقعه. فهو يــري أن المعيــار الوحيــد الصالح لقياس درجة الخطأ هو معيار أدبي يقوم علــي درجــة احتمــال حصول الضرر. فالشخص الذي يتعمد حصول الضرر ويتأكــد مــن أن فعله سوف يؤدي إليه ومع ذلك يقدم عليه يعتبــر قاصــداً نتيجــة فعلــه ومتعمداً إياها. أما الشخص الذي كان يتوقع فقط حصول الضرر فيــأتي الفعل دون أن يقصد حصوله فخطؤه يعتبر جسيماً. وأخيــراً، إذا نظــر الشخص إلي الضرر علي أنه ممكن فقط ولم يتوقعه ففعله لا يعتبــر إلا

---

(١) حسن عكوش : المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٢) ESMEIN, not sous cass. Civ. 24-10-1932., 1, 289.

(٣) محمود جمال الدين ذكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ١٩٧٨، ص٣٣٤.

خطأ يسيراً. أي أنه كلما اقترب احتمال حصول الضرر من اليقين زادت جسامة الخطأ وكلما زاد الشك في احتمال حدوث الضرر قلبت درجة الخطأ[١].

هذه النظرية قد تبدو جذابة في مظهرها إلا أن منطقها يؤدي إلي نتائج غير مقبولة. إذ تعتمد علي الشخص نفسه في تحديد درجة الخطأ علي ما في ذلك من عودة إلي فكرة المعيار الشخصي الذي يرفض كمعيار لتحديد نوع الالتزام كما يرفض هنا أيضاً كمعيار لتحديد درجة الخطأ، إذ من الصعب الاعتماد علي ضمير الشخص وتقديراته في مسألة الخطأ. وإنما يجدر بنا الأخذ بمعيار موضوعي نقيس به سلوك الشخص بالنظر إلي ظروفه وأحواله الخارجية أو الظاهرة. فإذا أنبأت تلك الظروف وهذه الأحوال عن إحداث الضرر كان في التصرف غش وإذا انتفت هذه الإرادة مع استظهار، من خلال الظروف، إمكانية التوقع للضرر وقبوله كان الخطأ جسيماً وإذا وصل الأمر إلي حد إمكانية وقوع الضرر مع عدم توقعه فالفعل يكون خطئاً يسيراً[٢]. كما يمكن أن يوجه

---

[١] حسن عكوش : الإشارة السابق.

[٢] فضلاً عن أن هذه النظرية في رأي البعض تنتهي إلي إلغاء معني نصوص القانون التي تلزم الشخص بالتعويض عن الأضرار غير المتوقعة في بعض الحالات بقولنا أن الشخص إذا لم يكن يتوقع مطلقاً أن الفعل الذي يأتيه ينشأ عنه الضرر، فلا ينسب إليه أي خطأ ولو وقع الضرر نتيجة فعله. فكيف يكون الشخص بعد ذلك مسئولاً – طبقاً لنص القانون – عن هذه الأضرار مع أن الفرض أن ركن الخطأ غير متوافر بالنسبة له. (حسن عكوش : نفس الإشارة السابقة). =

إلي هذه النظرية نقد – من ناحية أخرى –مؤداه أن المدين قد يكون شخصاً بالغ الحرص واليقظة شديد الذكاء من الرجل العادي الذي اتخذ معياراً لقياس سلوك المدين. فقد يدرك الأول أن الضرر تحقق في حين لا يدرك الثاني إلا احتمال تحققه ويكون في الحقيقة مرتكباً لغش وليس لمجرد خطأ جسيم[١].

وهكذا يستبين مما سبق، من خلال عرض النظريات التي طرحت لتحديد فكرة الخطأ الجسيم أن كل الجهود التي بذلت في هذا السبيل لم تصل بنا إلي الغاية المنشودة مما يسمح بالقول بان فكرة الخطأ الجسيم هي فكرة شاردة لا تقبل أي تعريف[٢] بل إننا نذهب إلي حد القول بأن فكرة تدرج الأخطاء التي أصلها القانون الروماني هي فكرة أخلاقية بحتة، أو علي الأقل ليس لها أثر عملي في تحديد قيام المسئولية من عدمه الذي يتم علي أساس مجرد وجود الخطأ أو انتفائه كلية. وهذا الذي دفع بالعديد من الفقهاء إلي مهاجمة هذه الفكرة، وإن كان البعض مازال متشيعاً لها معتقداً في أهميتها من حيث مبلغ التعويض وتدرجه مع درجة الخطأ. بل إن الخطأ الجسيم – خاصة – قد استعمل في نظر البعض[٣]

=وإن كان من الممكن القول هنا بتوافر القوة القاهرة التي تعفي المدين من المسئولية عن الأضرار الناتجة عن فعله التي لم يكن يتوقعها علي الإطلاق إذا كانت تصرفاته لا تشذ عن تصرفات الرجل الحريص.

(١) محمود جمال الدين ذكي : الوجيز، ص٣٣٤.

(٢) حسن عكوش : الإشارة السابق.

(٣) ROBLOT, De la faute lourde en droit prive Français, op. cit.. p. 2 et suv.

كعنصر لتحقيق المسئولية يلجأ إليه القضاء للحد من الدعاوي بحجة عدم كفاية الخطأ اليسير لإمكان انعقاد المسئولية. وظهر ذلك عند البحث في مسئولية أرباب المهن الحرة.

المبحث الثاني

الضرر

ينظر الفقه الحديث إلي الضرر علي أنه العنصر المهم، بل وفي بعض الحالات - الوحيد لثبوت المسئولية التقصيرية، بحيث يكتفي من المضرور إثبات إصابته بضرر لكي يثبت له الحق في التعويض حتى ولو ظل شخص المخطئ مجهولاً أو تعذر إسناد الخطأ إلي شخص ما. فإذا أمكن قيام المسئولية التقصيرية في بعض الحالات دون اشتراط ثبوت الخطأ، فلا يتصور قيام المسئولية بلا ضرر. المهم في ذلك هو أن يقيم المضرور الدليل علي إصابته بضرر وعلي حجم هذا الضرر وأنواعه.

ويملك المضرور إثبات الضرر وعناصره بالطرق كافة بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن وتقارير الخبرة وذلك من واقع تعلق الإثبات هنا بواقعة مادية.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الضرر ركن من أركان المسئولية وثبوته شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك، فإذا كان رب

العمل قد تمسك في دفاعه بأن العامل لم يلحقه ضرر من جراء فصله إياه من العمل وذلك لالتحاقه بخدمة رب عمل آخر فإن الحكم المطعون فيه إذ التفت عن هذا الدفاع ولم يعن تمحيصه والرد عليه مع أنه دفاع جوهري يحتمل فيما لو ثبت أن يتغير معه وجه الرأي في الدعوى يكون مشوباً بقصور يبطله"[١].

والضرر الذي يقيم المسئولية التقصيرية ويعطي الحق للمضرور في التعويض قد يكون مادياً وقد يكون أدبياً.

المطلب الأول

الضرر المادي

يتمثل هذا النوع من الضرر في الإخلال بمصلحة مالية أو بحق مالي للمضرور والفرق بين الحالتين واضح؛ فالمصلحة المالية للمضرور لا تصل – بالضرورة – إلي درجة أن تكون حقاً؛ وإنما تشكل مجرد المساس بأمل في الحصول علي منفعة مالية أياً كان نوعها.

وتظهر هذه المصلحة المالية في كثير من الأمثلة من ذلك فقد الشخص لمن كان يعوله دون أن يكون ملتزماً بذلك قانوناً؛ فالضرر الذي

---

[١] نقض مدني في ١٩٦٢/٥/٣٠، مج أحكام النقض س١٣ رقم ١٠٦، ص٧١٦.

يصيب الشخص هنا يقوم علي أساس الإعالة الفعلية لا القانونية ويتمثل في الإخلال بمصلحة مالية دون أن ترقي إلي درجة الحق. كذلك الحال بالنسبة للعامل الذي يصاب ويستحق معاشاً لدي رب العمل، فإن المسئول عن الإصابة يكون قد أصاب رب العمل في مصلحة مالية له. أما الإخلال بحق مالي فإن ذلك يظهر في أغلب الحالات التي يثار بشأنها الضرر، من ذلك ما أصاب الإنسان في جسده أو في ماله فمن يعتدي علي إنسان ويصيبه في جسمه أو في أحد أعضائه، أو يعتدي علي ماله فيحرقه أو يتلفه يكون قد تسبب في وقوع ضرر بما يشكله من الإخلال بحق مالي، ويستوي في الحق أن يكون عينياً أو شخصياً، وقد قضت محكمة النقض بأن "من المقرر في القانون أنه ليس للمستأجر الجديد أن يطرد المستأجر القديم بالقوة من العقار المؤجر وليس له أن يضع اليد علي العين المؤجرة إلا بالتراضي أو تنفيذاً لحكم قضائي.

وإذن فإذا قضي الحكم علي المستأجر الجديد بالتعويض للمستأجر القديم باعتباره صاحب اليد علي الأرض التي كانت لا تزال مشغولة بزرعه الذي كان قائماً بحصاده علي أساس الضرر الناشئ عن مخالفة القانون باعتداء المستأجر الجديد، فإنه لا يكون قد أخطأ في شيء"[1].

والضرر المادي الذي يعتد به كعنصر مهم للمسئولية التقصيرية هو

---

[1] نقض مدني في ١٣ فبراير سنة ١٩٥٠، مج القواعد التي قررتها محكمة النقض خلال ٢٥ عاماً، ص٦١٦، رقم ١٠٠.

ذلك الضرر المحقق أو الحال، بحيث ينبغي أن يكون الضرر قد وقع فعلاً أو سيقع حتماً، فموت المضرور، أو ثبوت الإصابة في جسمه أو الإتلاف لماله، كل ذلك يشكل ضرراً حالاً أو محققاً، أما إذا كان الضرر مستقبلاً، فإن من اللازم – حتى يمكن التعويض عنه – أن يكون وقوعه مؤكداً، أما إذا كان هناك احتمال للوقوع فلا يجوز التعويض هنا، فالضرر الاحتمالي من الصعب أن يعوض الشخص عنه.

وهناك فرق بين الضرر الاحتمالي وبين احتمال تفاقم الضرر في المستقبل، ففي النوع الأخير، هناك ضرر مؤكد وقوعه أو تحقق بالفعل، بينما لا يمكن الوقوف علي حجمه أو مقداره، إذ يكون من المحتمل زيادته مستقبلاً أو – علي العكس – زواله أو انحساره. فالمضرور يثبت له الحق في التعويض عن الضرر المحقق، مع حقه في التعويض عن أية زيادة في حجم الضرر أو تفاقمه مستقبلاً.

وطبقاً للمادة (١٧٠) مدني، يحتفظ المضرور بحقه في المطالبة بإعادة النظر في التعويض خلال فترة معينة، فقد نصت المادة علي أن "يقدر القاضي مدي التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور طبقاً لأحكام المادتين (٢٢١، ٢٢٩) مراعياً في ذلك الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يعين مدي التعويض تعييناً نهائياً، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير".

وتملك محكمة الموضوع السلطة المطلقة في استظهار عناصر الضرر وحساب التعويض المناسب، وقد قضت محكمة النقض بأن "تعيين العناصر المكونة للضرر، والتي يجب أن تدخل في حساب التعويض هي – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض، ٢- مناط تحقق الضرر المادي الذي يدعيه شخص نتيجة تعذيبه أن يكون من شأن هذا التعذيب إصابة الجسم أو العقل بأذى يخل بقدرة صاحبه علي الكسب أو يكبده نفقات في العلاج"[(١)] وقضت أيضاً بأنه "يجوز للمضرور أن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع، ولما كان الطاعن لم يقتصر في طلباته علي تعويضه بما تكبده من نفقات علاج ابنته بل ضمنها ما ينتظر تكبده من مصاريف علاجية وعمليات جراحية وتجميليه لابنته المجني عليها، فإن الحكم المطعون فيه إذ قصر قضاءه بالتعويض عما تكبده الطاعن من نفقات العلاج الفعلية ولم يدخل الحكم عنصر الضرر المستقبل في تقدير التعويض عن الحادث ولم يناقشه في أسبابه، فإنه يكون معيباً بالقصور"[(٢)].

ومما ثار النقاش حوله في هذا الصدد ما يتعلق بالتعويض عن الفرصة الضائعة، بمعني هل تعد الفرصة الفائتة ضرراً محققاً يمكن

[(١)] الطعن رقم ٧٢٥ لسنة ٥٩ق، في ١٩٩٣/٤/٢٩.

[(٢)] نقض مدني ١٩٧٧/١١/٨، مج أحكام النقض س٢٨، رقم ٧٧ ص٣٩٥.

التعويض عنه ؟

اتفق الفقه تقريباً علي اعتبار الفرصة الضائعة في حد ذاتها ضــرراً محققاً ينبغي التعويض عنه وينشأ به الحق للمضرور في رفــع دعــوى بشأنه ضد المسئول إلا أن الصعوبة لا تزال قائمة فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، إذ أن القاعدة العامة هي ضرورة مساواة التعويض بالضــرر الحادث حتى تتحقق العدالة للأطراف، غير أن تطبيق هذه القاعــدة فــي حالة التعويض عن الفرصة الضائعة يعترضه بعض الصعوبات، وذهبت المحاكم في تحديد مبلغ التعويض بقيمة الفرصة الضائعة بالقيــاس إلــي الفرص المماثلة، ولذلك، فإن هذا التقــدير يــتم بصــورة نســبية، إذ أن الضرر يتعذر حسابه وتحديده تحديداً واقعياً وحقيقياً بل يعتمد في تقــديره علي الحدس والتخمين، فالضرر هنا لا يشمل كل الضرر المحتمل وقوعه من فوات الكسب الاحتمالي الذي كان يأمله المضرور وإنما يمثل نســبة منه فقط.

وفي الواقع، فإننا يمكن أن ننظر إلي الفرصة الضائعة في حد ذاتهــا علي أنها الأساس في إقرار حق المضرور في التعويض من حيث المبدأ، وعند تحديد مقدار التعويض، فإن علي القاضي أن يدرس الفرص الحقيقة التي ضاعت من خلال بحث احتمالات النجاح الممكنة التي كــان يمكــن للمضرور الحصول عليها لولا الخطأ الذي أدي إلي ضــياع الفرصــة، وهذا يحتاج من القاضي أن تكون لديه القناعة التامــة بجديــة الفرصــة

الضائعة وتحققها بقدر كاف، بمعني أن علي القاضي - عند تقدير التعويض - وضع المضرور في الحالة التي يكون عليها لو تحققت الفرصة.

وإذا كانت محكمة النقض لا تراقب قضاة الموضوع في تقديرهم للفرصة الضائعة فإنها تراعي ضرورة احترام مبدأ عدم تجاوز التعويض المقدر لها لقيمة الفرصة التي كان من المحتمل تحققها.

وإجمالاً، يمكن القول أن الضرر الناتج عن ضياع الفرصة يعد شكلاً خاصاً للضرر من حيث :

١-**النوع** : أي أن فقد الفرصة يعد أحد الأسباب المحتملة لتي أدت إلي تحقق الضرر النهائي.

٢-**الكم** : أي أن قيمة الفرصة الضائعة تتحدد بعملية حسابية لكل سبب من الأسباب المحتملة، وذلك عن طريق تقسيم الضرر النهائي إلي عدد من الاحتمالات التي ترجع إلي أسباب معينة.

المطلب الثاني

الضرر الأدبي

وهو ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ذمته المالية، بل يتعلق بجسمه أو بشرفه وسمعته، كالجروح التي تصيب جسد الإنسان والألم الذي يشعر به وما يتعرض له من قذف وسب وإيذاء السمعة، ويعد ضرراً أدبياً أيضاً ذلك الضرر الذي يصيب العاطفة والشعور، فالاعتداء الذي يقع علي الأبناء يشكل ألماً بالنسبة للأم ويعد ضرراً أدبياً. والإعلان عن مرض شخص ما حتى ولو كان حقيقياً يعد ضرراً أدبياً يستحق التعويض عنه .

وقد قضي في ذلك أن "الأمراض في ذاتها من العورات التي يجب سترها حتى ولو كانت صحيحة، فإذاعتها في محافل عامة وعلي جمهرة المستمعين يسئ إلي المرضي إذا ذكرت أسماؤهم، وبالأخص بالنسبة للفتيات لأنه يضع العراقيل في طريق حياتهن ويعكر صفو آمالهن وهذا خطأ يستوجب التعويض"(١).

وأياً كانت صورة الضرر الأدبي أو شكله فإنه يجب التعويض عنه وقد استقر الأمر علي ذلك في فرنسا ومصر علي مستوي الفقه والقضاء وأقره المشرع أيضاً في المادة (٢٢٢) مدني التي تنص علي أن

---

(١) محكمة مصر الكلية في ١٩٤٩/٣/١٤، المحاماة ٢٩ رقم ١١٧، ص٢٠٢.

"١- يشمل التعويض الضرر الأدبي ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلي الغير إلا إذا تحدد بمقتضي اتفاق أو طالب الدائن به أمام القضاء ٢- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلي الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

فالدائن يصاب بضرر أدبي من جراء خطأ ما يثبت له الحق في التعويض عن هذا الضرر تقدره المحكمة، أما الضرر الأدبي الذي أصاب شخصاً قد مات لا ينتقل الحق في المطالبة بالتعويض عنه إلا إذا كان المضرور نفسه قد طالب به أمام القضاء أو أن التعويض قد تحدد قبل الوفاة بمحض اتفاق بين المضرور والمتسبب في الضرر ومع ذلك فإن الضرر الأدبي إذا كان ناتجاً عن وفاة المصاب وتمثل في الألم الذي يشعر به الإنسان من جراء الوفاة، فإن الحق في التعويض عن مثل هذا الضرر لا يثبت إلا للأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية كالآباء والأجداد والأبناء وأبناء الأبناء.

ويفهم مما سبق أن المضرور إذا مات قبل الاتفاق علي التعويض عن الضرر الأدبي أو المطالبة به قضائياً فلا حق في التعويض عن هذا الضرر يثبت للورثة بعكس التعويض عن الضرر المادي الذي ينتقل الحق فيه إلي الورثة دون اشتراط توافر ما نصت عليه المادة (٢٢٢ مدني).

المبحث الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

وأثر خطأ المضرور علي المسئولية(١)

المطلب الأول

علاقة السببية

لا شك في أن الأخذ بأي من نظريتي علاقة السببية يرتبط ارتباطاً لا انفصام له بمقدار الأثر الذي يحدثه خطأ المضرور في قيام المسئولية المدنية، إذ أن الأخذ بنظرية السبب المنتج أو القوى سيرتب أثراً مختلفاً عن ذلك الناتج عن اعتناق نظرية تعادل الأسباب المؤدية إلي الضرر، وهذا ما يتضح من خلال عرض هاتين النظريتين.

---

(١) يلاحظ أنه لا يوجد تعريف محدد لعلاقة السببية، وذلك نتيجة تعدد النظريات التي ظهرت بشأنها، مما أدي بالمشرع الفرنسي والمصري إلي عدم التعرض لتعريفها، ولم يتفق القضاء علي الأخذ بتعريف موحد لهذه العلاقة ولا بتطبيق نظرية محددة من هذه النظريات، بل إن الأمر متروك – في الغالب – لقاضي الموضوع، تحت رقابة محكمة النقض التي يقتصر دورها علي التأكد من وجود علاقة السببية دون أن يتعداه إلي فرض نظرية بعينها علي قضاة الموضوع، انظر في ذلك بالنسبة للقانون الفرنسي :

FABRE – MAGNAN, La définition du lien de causalité Rev. Tr. Dr. Civ. 2001, 2, p. 309.

فالقاعدة أنه لا يكفي لقيام المسئولية المدنية (عقدية أو تقصيرية أو مهنية) أن يقع خطأ من جانب شخص وأن يلحق آخر ضرر، بل يتعين أن يكون هذا الضرر نتيجة مباشرة لذلك الخطأ، أي أن تتوافر رابطة السببية بين الفعل والضرر، وهو ما يتحقق باشتراط أن يكون الضرر نتيجة لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به. وبذلك لا تقوم المسئولية عن الضرر غير المباشر Indirect وهو ذلك الضرر الذي لا يعتبر نتيجة طبيعية للخطأ، ويستخلص من استطاعة الدائن توقيه ببذل جهد معقول[١].

وإذا كان الحكم علي أن فعلاً معيناً هو السبب في الضرر أمراً مستطاعاً في غالب الأحوال، فإن تقدير ذلك يكون – في بعض الأحيان – دقيقاً إذا تعددت الأسباب التي أدت إلي وقوع الضرر بحيث تشترك في إحداثه عدة عوامل يدق نسبة الضرر إلي عامل منها منفرداً. فتثور مشكلة في هذا الصدد فيما يتعلق باعتبار كل العوامل مسئولة عن الضرر وعن جبره؟ أم أن هناك عاملاً من بينها هو السبب القوى والمنتج في إحداث الضرر؟

يتنازع الفقه لحل هذه المشكلة – نظريتان : نظرية تعادل أو تساوي الأسباب ونظرية السبب المنتج[٢].

---

(١) ويعترض البعض علي اعتبار قدرة الدائن في توقي الضرر ببذل جهد معقول معياراً يتحدد به الضرر المباشر. علي أساس أن هذا المعيار لا ينطبق حتماً علي كل ضرر لا يستطيع الدائن توقيه. د/ جمال زكي : الوجيز، ص٥٠٤.

(٢) LAMBERT – FAIVRE, De la Poursuite a la contribution. Quelques arcanes de la causalité, d, 1992, chro. P. 311.

ومن المعروف أنه من الأفضل للمضرور للحصول علي التعـويض أن يسند الضرر إلي مسئول واحـد، ولـيس مـن صـالحه أن يتعـدد المسئولون، اللهم إلا إذا قدم له هذا التعدد ميزة ضمان الحصـول علـي تعويضه من خلال تقديمه أكثر من شخص موسر لا يخشي معه إعسـار أحد المسئولين عن الضرر.

وبالعودة إلي النظريتين السابقتين نجد إحداهما وتسمي بنظرية تعادل أو تساوي الأسباب Théorie de l'équivalence de causes وقد أخذ بها بعض الفقهاء ومؤداها أن كل سبب اشترك في إحداث الضرر تنشـأ بينهما علاقة السببية.

فأنصار هذه النظرية يذهبون إلي أن الضرر يحدث نتيجة لمجموعـة من الأسباب وبدونها مجتمعة ما كان ليحدث، بحيث إذا ألغي أحـد هـذه الأسباب فإن الضرر لا يقع[١]، ويكفي لقيام المسـئولية واشـتراك عـدة أخطاء في إحداثها أن يثبت أنه لولا وقوع أحد هذه الأخطاء لمـا تحقـق الضرر[٢].

وتمتاز هذه النظرية – بلا شك – بتيسير مهمة الإثبات علي عـاتق

---

(١) د/ محمود جمال الدين زكي : الوجيز في النظرية العامة للالتزامات سـنة ١٩٧٨، ص٥٦٤، د/ عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، ص١١.
DEMOGUE, Traite des obligations en générale, T. 1, No. 376.

(٢) ومن الأمثلة التي يطرحها الفقه علي ذلك إذا ترك شخص سيارته علي جانب الطريق دون أن يغلقها ثم سرقت هذه السيارة وقادها السارق بسرعة أدت إلي اصطدامه بأحد المـارة دخـل بسبب ذلك المستشفي ليعالج ثم توفي نتيجة خطأ الطبيب المعالج. فتعتبر كل الأسباب متساوية في إحداث الضرر.

المضرور، إذ يكتفي منه بإثبات كل العناصر التي ساهمت في إحداث الضرر دون أن يكلف بإثبات أيها كان السبب المباشر في تحقق الضرر. كما تساعد هذه النظرية علي إجبار الأفراد علي الالتزام بأكبر قدر من الحرص والحيطة لأن كلاً منهم يعلم أن أي اشتراك أو مساهمة منه في إحداث الضرر سيؤدي إلي مسئوليته، ولذلك "فإن التوسع في فكرة السببية سيجعل الأفراد علي حذر باستمرار".

الثانية : نظرية السبب المنتج أو القوي :

Théorie de la Causalité adéquate :

وأخذ بها أغلب الفقه والقضاء[1]، ويجب – وفقاً لها – التفرقة بين الأسباب التي أدت إلي إحداث الضرر[2] للوصول إلي السبب المنتج، وهو السبب المألوف الذي يؤدي بحسب مجريات الأمور إلي إحداث

---

[1] د/ جمال زكي : المرجع السابق، ص٥٦٥، د/ محمود نجيب حسني : رابطة السببية في القانون الجنائي، القاهرة، ١٩٥٥، ص٦٥.

[2] ولكن يتعين إقامة الدليل علي وجود هذا السبب المنتج "فلا يكفي لنفي علاقة السببية بين الضرر والخطأ الثابت وقوعه القول بوجود أسباب أخرى من شأنها أن تسبب هذا الضرر. ذلك أنه يجب لاستبعاد ذلك الخطأ كسبب للضرر أن يتحقق توافر أحد هذه الأسباب الأخرى وأن يثبت أنه السبب المنتج في إحداث الضرر. فإذا كان الحكم قد اكتفي بإيراد رأي علمي مجرد يقول بوجود عوامل أخرى تؤدي إلي حدوث الضرر دون أن يتحقق الحكم من توافر أحد هذه العوامل في خصوصية النزاع وأنه هو السبب المنتج في إحداث الضرر فإنه يكون قاصراً فيما أورده من أسباب لنفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر.
نقض مدني في ١٩٦٦/٥/١٩، مج أحكام النقض، ص١٧، ص١٢٠١، رقم ١٦٥.

الضرر، وإذا تم التوصل إلي هذا السبب، فإننا نستبعد باقي الأسباب العارضة أو الثانوية التي لا تؤدي - في العادة - إلي إحداث الضرر. وقد يتم الوصول إلي السبب الحقيقي المؤدي إلي إحداث الضرر عن طريق الأخذ بمعيار زمني يعتمد علي معرفة الفترة الزمنية التي مضت بين وقوع الفعل وحدوث النتيجة، فإذا طالت هذه المدة انقطعت العلاقة بين هذا الفعل وبين الضرر وإذ كانت قريبة أو قصيرة فإن السبب الذي أحدث الضرر يعتد به في التعويض(١).

ويري أنصار هذه النظرية، أن من شأنها تجنب مشقة البحث في سلسلة الأسباب البعيدة عن تحقيق النتيجة(٢). ومن تطبيقات محكمة النقض الفرنسية لنظرية السبب المنتج أو القوي، ما قضت به من أن التدخلات العلاجية التي تمت للمصاب جاءت نتيجة ضرورية لحادثة

---

(١) د/ عبد الرشيد : المرجع السابق، ص٢٢.

(٢) وقد أخذت محكمة النقض المصرية بنظرية السبب المنتج في العديد من التطبيقات منها ما قضت به من "أنه يجب عند تحديد المسئولية الوقوف عند السبب المنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض".

نقض مدني في ١٩٦٧/١٠/٢٦، مج أحكام النقض، س١٨، رقم ٢٣٦، ص١٥٦٠.

وقضت أيضاً بأن "ركن السببية في المسئولية التقصيرية التي أقام عليها الحكم قضاءه بالنسبة للطاعن لا يقوم إلا علي السبب الفعال المنتج المحدث للضرر دون السبب العارض الذي ليس من شأنه بطبيعته إحداث مثل هذا الضرر مهما كان قد أسهم في إحداثه بأن كان مقترناً بالسبب المنتج".

نقض مدني في ١٩٨٨/١/٢٥، مج أحكام النقض، ص٣٩، الجزء الأول، رقم ٣٤، ص١٤٧.

المرور التي ارتكبها السائق، ولم يكن هذا الاضطراب والأضرار الناتجة لتحدث لو لم تكن هناك حادثة، التي تصبح السبب المباشر والمؤكد لإحداث الضرر[١]. وقد رفضت بذلك محكمة النقض حكم الاستئناف الذي رفض بدوره دعوى المطالبة بالتعويض المرفوعة من قبل مصاب في حادثة سير كان يطالب فيها السائق بتعويض عن الأضرار الناتجة عن فقد عينه اليسري أثناء العملية الجراحية[٢]. وقد أسست محكمة النقض الدعوى علي المادة (١٣٨٢ مدني).

---

(١) Cass. Civ. 2eme ch. 27-1-2000, D, 2000, inf. P. 86 "L'intervention qui a entraine le trouble oculaire avait été rendue nécessaire par l'accident de la l'circulation, de telle sorte que ce trouble ne se serait pas produit en l'absence de cet accident qui est anisi la cause directe et certaine du dommage".

(٢) انظر في هذا الحكم والتعليق عليه :

JOURDAIN (P.) Lien de causalité. L'équivalence des conditions n'est pas morte, Rev. Tr. Dr. Civ., 2000. 2. p. 335.

المطلب الثاني

أثر خطأ المضرور علي المسئولية

يرتبط الكلام هنا مع ذلك الذي ذكر بشأن نظريتي السببية، علي أساس أن الوقوف علي درجة خطأ المضرور يؤدي إلي معرفة الأثر المترتب علي ذلك الخطأ في مقدار مسئوليته عن تحمل الأضرار الناتجة عن الخطأ، إذ أن الأخذ بنظرية السبب القوي أو المنتج في مجال المسئولية يسفر بالضرورة عن وجود فرضين لا ثالث لهما :

أولهما : أن خطأ المضرور كان هو السبب القوي والمنتج في إحداث الضرر وجب – بذلك – أخطاء الباقين المتدخلين في سلسلة تحقق الضرر وبالتالي تثبت المسئولية كاملة علي عاتق المضرور في تحمل كامل الضرر.

الثاني : ألا يكون فعل المضرور من الجسامة بحيث ينتفي عنه صفة الفاعلية في إحداث الضرر، أي أننا ننظر إلي فعل المضرور علي أنه أحد الأسباب الثانوية المؤدية إلي وقوع الضرر وليس سبباً منتجاً أو قوياً وهنا يتعين البحث عن مصدر هذا السبب الفعال، فإذا تحققنا من وجوده قامت مسئولية فاعله كاملة عن جبر ما ترتب من أضرار وانتفت بذلك كلية مسئولية المضرور حتى ولو صدر منه فعل خاطئ إلا أنه لا يرقي إلي درجة اعتباره سبباً منتجاً وقوياً تعزي إليه المسئولية دون غيره من

الأسباب.

وبذلك يتضح أنه في ظل هذه النظرية لا مجال لفكرة المسئولية الجزئية أو الإعفاء الجزئي وإنما ينحصر الحديث عن وجود أو انتفاء المسئولية الكاملة وبالتالي وجود أو انتفاء الإعفاء الكلي. ذلك، بعكس ما إذا اتجهنا نحو اعتناق نظرية تعادل الأسباب إذ تترتب نتائج شبه عكسية لتلك التي تترتب علي النظرية الأولي. لأننا ننظر إلي الأسباب مجتمعة التي أدت إلي تحقق الضرر – وبالتالي – قيام المسئولية، ونعامل تلك الأسباب معاملة موحدة، إذ مادام كل واحد من هذه الأسباب قد تدخل بشكل أو بآخر في إحداث الضرر، فإن مصدر كل سبب من هذه الأسباب يسأل عن تعويض الضرر بصورة واحدة، بحيث يوزع أثر قيام المسئولية علي عاتق المجموع الذي أتي سبباً أدي إلي المسئولية، دون تفرقة بين سبب وآخر. وذلك علي أساس أن الأسباب جميعها متساوية حتى ولو كان ذلك افتراضاً، بمعني حتى ولو وجد بين هذه الأسباب سبب كان مؤثراً بدرجة واضحة في قيام المسئولية، فإن الأثر المترتب هنا هو إمكانية التفرقة بين الأسباب من حيث مقدار ما يتحمله كل سبب في التعويض الجابر للضرر، غير أن الأسباب جميعها تعد مسئولة عن هذا التعويض. وفي ظل هذه النظرية تنتفي فكرة المسئولية الكاملة وما يقابلها من إعفاء كامل وتوجد الفكرة المضادة المتعلقة بالمسئولية الجزئية وما يقابلها من إعفاء جزئي.

وعلي ذلك يتضح، أن الحديث عن تدرج أخطاء المضرور وأثره علي المسئولية لا بد وأن يسبقه خطوة أخرى متعلقة بتحديد النظرية التي سوف يعتنقها القاضي في بحثه عن علاقة السببية، وإذا فرغ من هذه الخطوة اتضحت له كيفية البحث في سلوك المضرور وما يترتب عليه من آثار، ولعل الموقف القضائي من هاتين النظريتين يتضح بصورة أكثر عند الحديث عن الأمثلة التطبيقية لفكرة خطأ المضرور وأثره علي المسئولية.

أما هنا فسوف نعرض لدرجات خطأ المضرور بصورة مجردة، آخذين في الاعتبار إمكانية تطبيق النظريتين السابقتين علي الحالات المختلفة حسبما يقتنع القاضي ويعتقد، مع ضرورة التنبيه إلي النتائج المختلفة التي تترتب علي الأخذ بأي من النظريتين، وبخاصة فيما يتعلق بمقدار مساهمة المضرور في تحمل المسئولية، وما ينشأ عنها من حق في التعويض. إذ قد يسأل المضرور عن التعويض كاملاً إذا صدر عنه خطأ يعتبر – ويقدره القاضي – أنه السبب القوى والمنتج في قيام المسئولية، وقد يسأل عن جزء من التعويض عندما يساهم بخطئه مع الأسباب الأخرى في إحداث الضرر.

وعلي ما يبدو أن المشرع المصري قد فضل معالجة مسألة خطأ الدائن (المضرور) بالطريقة التي طرحناها وبمقتضاها تتم المعالجة بصورة مجردة، أي بصرف النظر عن النظرية السببية التي سوف تطبق

علي حالة المسئولية المثارة، وهو الأمر المتروك للقاضي باعتبارها مسألة واقع يستقل بتقديره قاضي الموضوع. فقد نصت المادة (٢١٦ مدني) علي أنّ "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه". وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني أن "إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه، توقف قيام الالتزام بالتعويض، علي مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين"[١].

وإذا حاولنا الوقوف علي درجات خطأ المضرور لمعرفة أثره علي قيام المسئولية وجدنا أن هذا الخطأ إما أن يكون علي درجة من الجسامة بحيث يكون وحده المسئول عن الضرر، حتى ولو وجدت أفعال أخرى مجاورة، إلا أن خطأ المضرور بجسامته قد استغرقها وهذه هي فكرة استغراق الخطأ.

ومن ناحية، قد لا يكون فعل المضرور بهذه الجسامة أو تلك الأهمية، وهذا التأثير في قيام المسئولية، بحيث يقف مع الأفعال أو الأسباب الأخرى المؤدية إلي المسئولية علي قدم المساواة لا يتميز عنها ولا يفترق، ولا شك في أن الأثر يختلف في الحالة الأولي عنه في الثانية.

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية، الجزء الثاني، ص٥٤٩.

الفرع الأول

خطأ المضرور مستغرقاً الأفعال الأخرى

وقد يأتي هذا الاستغراق إما لأن الأفعال الأخرى لا ترقي إلي مرتبة وصفها بأنها خطأ وبالتالي يصبح خطأ المضرور هو السبب الوحيد المؤدي إلي قيام المسئولية وهنا يتحمل المضرور الأثر كاملاً. وقد يأتي الاستغراق من أن خطأ المضرور من الجسامة بحيث يجب غيره من الأخطاء البسيطة أو اليسيرة. كما قد يأتي الاستغراق من ناحية الترتيب الزمني للأخطاء المرتكبة، إذ يمكن النظر إلي الخطأ المرتكب أخيراً علي أنه السبب الوحيد لقيام المسئولية لأنه قطع علاقة السببية بين ما سبقه من أخطاء وبين الضرر الناتج. وعلي ذلك يتضح أن الاستغراق بالنسبة لخطأ المضرور قد يأتي في الأشكال الآتية :

١-أن يكون خطأ المضرور عمدياً أو جسيماً والأفعال الأخرى لا ترقي إلي ذلك :

ويكون خطأ المضرور كذلك، إذا تعمد المضرور إلحاق الضرر بنفسه أو أهمل إهمالاً جسيماً نتج عنه وقوع الضرر، كمن يلقي بنفسه فجأة أمام سائق يقود سيارته بسرعة متجاوزة، وينتج عن ذلك وفاته[١] إذ

---

[١] السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ص١٢٣٥، د/ عبد الحي حجازي : النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، ص٤٧٩.

يعد فعله هذا انتحاراً وهو فعل إرادي تتوافر فيه صفة التعمد[١]. وإن كان إثبات هذه الصفة أو قصد الانتحار من المسائل الدقيقة الإثبات، لأنها مسألة نفسية وتستقر في أعماق المنتحر أو من كان يريد ذلك، ولذلك، فليس من السهل إثباتها، وقد يساعد في الإثبات وجود ظرف خارجي ينم بذاته علي قصد الانتحار، أو فشل محاولة الانتحار وبقاء الشخص حياً، إذ يمكنه الإخبار أو الكشف عن مقصده، وإن كان اعترافه محفوفاً بالمخاطر. ويتعين في خطأ المضرور الذي يستغرق الأفعال الأخرى أن يكون عمدياً أو جسيماً لدرجة تكفي لإحداث النتيجة بالصورة التي تم بها مستغنياً بذاته عن مساهمة الأخطاء الأخرى[٢].

ويشترط معظم الفقه في خطأ المضرور، حتى يكون مستغرقاً – أن تتوافر فيه صفتا عدم التوقع وعدم إمكانية دفعه. ويقصد بهاتين الصفتين:

أولاً : عدم التوقع L'imprévisibilité إذ يجب أن يكون السبب لا يمكن توقعه، أما إذا كان في الإمكان توقعه فلا يعتبر الفعل قوة قاهرة

---

(١) وقد قضت في ذلك محكمة النقض بقولها : "إنه إذا كان المجني عليه قد تعمد الإضرار بنفسه أو اتخذ من خطأ الجاني طرفاً ينفذ من خلاله قصده وأوقع الضرر بنفسه فلا حق له في التعويض". نقض جنائي في ١٩٣٢/١١/٢٨، مجلة المحاماة، س١٣، رقم ٤٠١، ص٨١٥٠.
كما قضت أيضاً بأن "من الثابت أن المجني عليهما كانا يركبان علي مؤخرة المترو وأن هذا المسلك يشكل خطأ يستغرق خطأ المتهم". نقض مدني ١٩٨٧/١/٤، المدونة الذهبية للقواعد القانونية، ص٤٩٨.

(٢) مجمع الضمانات للبغدادي، ص١٨٠، مشار إليه في محمد حسين علي الشامي : ركن الخطأ في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٦٢٧.

ولا يترتب عليه إعفاء من المسئولية. فالسائق الذي ارتكب حادثة يسأل عن نتائج الإصابة، التي لحقت بمن صدمه ويكون متوقعاً بالنسبة له أن يدخل المصاب المستشفي ويتلقي دماً يعوضه عما فقده من دم، والمحتمل أن يكون هذا الدم ملوثاً بأي فيروس ينتقل إلي المصاب.

ويلاحظ أن العيب الداخلي أو الخفي الموجود بالدم لا يعتبر أمراً غير متوقع بالنسبة لمركز نقل الدم ولا بالنسبة للطبيب، كما لا يمكن للأخير التعلل بالجهل بالتقدم العلمي لإعفائه من المسئولية لأنه مهني ويسأل عن أي تقصير في أداء التزامه.

ويقاس التوقع أو عدم التوقع بمعيار موضوعي لا شخصي وهو معيار الرجل المعتاد.

ثانياً : عدم استطاعة الدفع Irrésistibilité إذ يجب في الفعل حتى يعد سبباً أجنبياً ألا يمكن دفعه ولو بتضحيات بالغة، بحيث يجد المدين بالالتزام نفسه أمام استحالة في التنفيذ. ويتم تقدير عدم استطاعة الدفع بمعيار مجرد أيضاً، فلا عبرة فيه بشخص المدين أو بظروفه الخاصة، وإنما ينظر في ذلك إلي الرجل المعتاد، فإذا استحال علي مثل هذا الرجل دفع الظرف المفاجئ أو السبب الأجنبي كنا أمام استحالة في التنفيذ. فإذا استحال علي مركز نقل الدم فحص وتحليل الدم المطلوب من الطبيب المعالج بسبب تسرع الأخير ورعونته وتعهده بقيامه بهذا التحليل، يمكن أن نكون أمام استحالة في تنفيذ الالتزام تعفي المركز من المسئولية.

ولكن لا يستطيع المركز - من جانب آخر - الاعتماد علي العادة التي جرت علي أن يقوم الطبيب بذلك، كما أنه ليس في إمكان الأخير الاستناد إلي أن العادة تواترت علي قيام المركز بتحليل الدم وتحديد فصيلته. فهذه العادة لا تعفي كلا من المركز والطبيب من مراعاة الحيطة والحذر في تنفيذ الالتزام وبذل ما لديهم من عناية وحرص في سبيل ذلك[١].

فإذا توافر هذان العنصران كنا أمام قوة قاهرة أو سبب أجنبي يعفي من المسئولية بقطعه الصلة بين الفعل الضار والضرر، أي ينفي رابطة السببية[٢].

وعلي ذلك، يتعين أن يكون خطأ المضرور غير متوقع بالنسبة للمدين ولم يكن في استطاعته دفعه، حتى يمكن القول بأن هذا الخطأ قد

---

(١) En ce sens, Paris 25-4-1945, D. 1946, P. 190, et note TUNC. "La responsabilité du médecine spécialiste transfuseur de sang est, comme celle de tout médecin, responsabilité contractuelle, ... de même que le contrat médicale ordinaire, le contrat de transfusion n'emporte pour le médecin qu'une obligation de moyens ou de diligence.

(٢) يعبر الفقه الإسلامي عن القوة القاهرة بتعبير الآفة السماوية وهي كل أمر عارض خارج عن تدخل الإنسان. ويذهب بعض الفقهاء إلي التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي فالأولي هي الحادث الذي يستحيل دفعه أما الثاني فهو الحادث الذي لا يمكن توقعه. فيكفي أن يكون الحادث يستحيل الدفع أو أن يكون غير ممكن التوقع وليس بشرط اجتماع الخصيصتين. ولكن البعض الآخر يعارض ذلك ويرعي عدم وجود فارق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي إذ أن أي حادث يجب ألا يكون حادثاً غير ممكن الدفع فحسب بل أيضاً أن يكون غير ممكن التوقع. د/ السنهوري : مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المجلد ٤، ٥، ٦، دار النهضة العربية، ص١٣٨.

استغرق الأفعال الأخرى، بما فيها فعل المسئول (المدين). وبتعبير آخر ينبغي أن يعد خطأ المضرور قوة قاهرة تعفي المدين من المسئولية. ويضرب الفقه الإسلامي لذلك مثالاً بقوله "لو حفر شخص بئراً في الطريق العام، أو رش فيها ماء، ومر إنسان علي البئر أو علي الماء عمداً، فليس علي الحافر أو الراش شيء لأن الحافر وإن كان مخطئاً لتسببه بالحفر أو رش الماء، إلا أن تسببه قد انقطع بمباشرة المرور تعمداً من قبل المضرور (١).

كما يمكن أن نضرب مثالاً لذلك، بالسائق الذي صدم بسيارته أحد المارة مما ترتب عليه دخوله المستشفي وحاجته لتلقي كميات من دوم أو أوكسجين أو غير ذلك من الأدوية، فقام المصاب بنزع خراطيم الدم أو الأوكسجين أو التنفس الصناعي دون أن يراه أحد، واستمر لذلك فترة، وأدي ذلك إلي تضاعف حالته ووفاته.

٢-أن يكون خطأ المضرور لاحقاً لخطأ المدين أو يكون الأخير نتيجة له :

والفرض هنا أن خطأ المضرور قد شكل الحلقة الأخيرة من سلسلة الأخطاء التي أدت إلي وقوع الضرر، وبذلك يكون المضرور بتدخله قد قطع العلاقة بين ما سبقه من أفعال وأخطاء وبين وقوع الضرر. بحيث

---

(١) مجمع الضمانات للبغدادي، ص١٨٠، مشار إليه في : محمد حسين علي الشامي : ركن الخطأ في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص٦٢٧.

يمكن وصفه بأنه السبب المنتج والقوي في إحداث الضرر وفقاً للنظرية السابق ذكرها. ويتم التحقق من ذلك بطرح السؤال الآتي : هل لولا فعل المضرور لما وقع الضرر؟ فإذا كانت الإجابة بالإيجاب كان المضرور مسئولاً عن الضرر الذي أصابه، لأن خطأه قد استغرق الأخطاء الأخرى وجبها. أما إذا كانت الإجابة بالنفي، انتفت مسئولية المضرور عن الأضرار التي لحقت به أو - علي الأقل - ضيقت هذه المسئولية بأن أصبح مسئولاً عن تعويض جزء من هذه الأضرار، إذا ثبت اشتراك فعله مع الأفعال الأخرى في وقوع الأضرار. ومن التطبيقات الدالة علي فكرة استغراق خطأ لأخر لكونه لاحقاً عليه، ذلك المتعلق بالصديق الذي يدعو شخصاً للركوب معه ويقود سيارته بسرعة وبحالة تعرض الأشخاص والأموال للخطر، فترتب علي ذلك، أن أتي الراكب - تحت تأثير الفزع - بحركة خاطئة، يلتمس فيها النجاة ولكنه أضر بنفسه فهنا يكون خطأ المضرور مترتباً علي خطأ المدين، أي نتيجة له. وفي هذه الحالة يستغرق خطأ الصديق خطأ الراكب وتقوم مسئولية الصديق كاملة[١]. ومن ذلك أيضاً ما قضت به محكمة النقض[٢] بقولها : "متى كان الحكم قد دلل في منطق سائغ علي أن المتهم هدأ من سير الترام قيادته عند وصوله إلي المحطة، مما يجعل المجني عليه يعتقد أنه سيقف ولكن المتهم استمر في سيره بسرعة، فتعلق المجني عليه باب المركبة، وتدلت

---

[١] نقض مدني في ٢٦ يناير ١٩٣٩، مجموعة عمر، الجزء الثاني، رقم ١٦٢، ص٤٨٩.

[٢] نقض جنائي في ١٩٦٨/١/٢٩، مج أحكام النقض، ص١٩، ص١٠٧.

ساقاه علي الأرض وجذبهما الترام حتى مرت عليهما عجلات المقطورة مما أدي إلي بترهما، وإن خطأ المجني عليه بركوبه الترام قبل وقوفه تماماً لا يستغرق خطأ المتهم...".

وإذا كانت الأمثلة السابقة تدل علي استغراق خطأ المتهم لخطأ المجني عليه (المضرور) فإن الأمر نفسه يتوافر بالنسبة لاستغراق خطأ المضرور خطأ المدين لكونه نتيجة له ولاحقاً عليه "فإذا دهس سائق سيارة أحد العابرة، وأثبت أن المضرور تحول فجأة من جانب الطريق إلي الجانب الآخر دون أي احتياط، وكان هذا الخطأ هو السبب الوحيد للإصابة، فقد أثبت أن الخطأ المفروض في جانبه ليس إلا نتيجة خطأ المضرور، واستغرق خطأ العابر خطأ السائق، وانعدمت علاقة السببية ما بين خطأ السائق والضرر فانتفت مسئولية السائق إذ اعتبر المضرور هو وحده السبب في وقوع الضرر..."[1].

ويستغرق خطأ المضرور أيضاً خطأ المدين لكونه لاحقاً عليه، في المثال الذي ذكرناه من قبل، المتعلق بدخول المريض المستشفي بعد صدمه بسيارة تسير بسرعة جنونية وبعد الكشف وتقرير العلاج، قام المصاب بنزع الأجهزة والخراطيم المركبة بغرض إسعافه أو علاجه، فإن فعله هذا يشكل خطأً لاحقاً، يقطع علاقة السببية – علي الأقل – بين

---

(١) السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص١٢٤٠، رقم ٥٩٥.

خطأ السائق والوفاة إن حدثت، أو المضاعفات الأخرى التي قد تحدث لحالة المريض نتيجة التأخر في بدء العلاج أو عرقلته.

ويستغرق خطأ المضرور أيضاً خطأ المدين، في حالة ركوب الراكب بجانب السائق، ثم يأتي بحركات تشغل السائق عن القيادة أو تجعله يفقد السيطرة علي السيارة، وتكون النتيجة هي اصطدامها بحائط أو وقوعها في نهر، ثم يصاب الراكب علي إثر ذلك أو يتوفى، فلا شك في أن خطأ السائق هنا كان نتيجة خطأ المضرور المتمثل في إتيانه حركات من شأنها فقدان السائق سيطرته علي السيارة وأدت إلي وقوع الحادث(١). وإذا أتي شخص بحركة من أجل إدخال الخوف علي السائق، فنتج عن ذلك أن قام السائق بحركة خاطئة ترتب عليها وقوع ضرر بذلك الشخص، فإن السائق لا يكون مسئولاً عن الأضرار التي وقعت له(٢).

---

(١) وقريب من ذلك، قضت محكمة النقض أنه : "إذا كان تقدير الخطأ المستوجب لمسئولية مرتكبه جنائياً أو مدنياً مما يتعلق بموضوع الدعوى، وكانت المحكمة الاستئنافية قد استخلصت من الأدلة السائغة التي أوردتها، أن الحادث يرجع إلي خطأ المجني عليه وحده بنزوله من السيارة قبل وقوفها، وإن المتهم لم يرتكب ثمة خطأ يستوجب مساءلته إذ كان يقود السيارة ولم ير المجني عليه عند مغادرته لها لانشغاله بقيادتها...". نقض جنائي في ٢/١٢/١٩٧٤، مج أحكام النقض الجنائية، س٢٥، ص٧٩٢.

(٢) د/ عبد الرشيد مأمون : المرجع السابق، ص٨٢، فقرة ٧٤.

٣-مدي اعتبار رضاء المضرور بالضرر فعلاً مستغرقاً لخطأ المدين:

المقصود برضاء المضرور هو قبوله للضرر الذي يمكن أن يقع بسبب سلوك المدين، وهذا المعني يتطلب في المضرور أن يعلم بوجود الضرر أو باحتمال تحققه، ويتصرف في ضوء هذا العلم، فإما أن يقبل هذا الضرر، أو يسعي إلي تحقيقه وإما أن يرفض وقوع الضرر أو لا يقبل هذا الوقوع. وعلي ذلك، يتضح أن هناك حالات ثلاثة لرضاء المضرور.

الحالة الأولي :

أن يعلم المضرور بالضرر ويتوقع حدوثه ولكنه لا يرضاه ولا يسعي – من باب أولي – إلي تحقيقه ولا تتجه إرادته إلي ذلك. وهنا لا أثر لهذا العلم في قيام مسئولية المدين عن تعويض الأضرار التي نتجت مسئولية كاملة. فمن يستقل قطاراً أو يركب سيارة أو يأخذ طائرة، يعلم ويتوقع إلحاقه بضرر نتيجة اشتعال النيران في القطار، أو اصطدامه بآخر أو انفجار إطارات السيارة، أو سقوط الطائرة، فإذا توقف الأمر عند حد العلم أو التوقع، فلا أثر له علي خطأ المدين وقيام مسئوليته كاملة عن الأضرار الناتجة، ومن يلعب كرة قدم أو سلة أو أية لعبة أخرى ليست – في الأصل – من الألعاب الخطرة، فإن أي خطأ يرتكب أثناء هذه اللعبة

ويترتب عليه ضرر يصيبه، فإن المخطئ يتحمل بالمسئولية كاملة[١].

الحالة الثانية :

ألا يقف الأمر عند حد علم المضرور بالضرر، بل يتعداه إلي رضائه بهذا الضرر ووقوعه، فهنا يصبح مساهماً بهذا الرضاء في تحمل آثار الضرر الناتج وتخفف مسئولية المدين بمقدار هذه المساهمة.... فمن يستقل سيارة يعلم بوجود عطل بها، ومن يدخل سباقاً يدرك مقدماً مخاطره ويقبلها، ومن يرضي بقيادة سائق وهو في حالة سكر بين، أو يعلم عنه تهوره في القيادة أو أنه يسير بسرعة فائقة تجاوز الحدود المعقولة.

في كل ما تقدم، لم يقف المضرور عند حد العلم ولكنه توقع وقوع الضرر ورضي به، فشكل سلوكه هذا خطأ شارك مع خطأ المدين في وقوع الضرر، تكون النتيجة تحمل الاثنين لآثار هذا الضرر، كل بحسب مقدار مساهمته ودرجة خطئه، وإن تعذر معرفة ذلك، تحمل الاثنان الآثار بالتساوي. ويفسر موقف المضرور في الحالات المتقدمة بأن رضاءه بالضرر يعد خطأ من شأنه التخفيف من مسئولية المدين، فالمريض الذي يرضي بإجراء عملية تجميل محفوفة بالمخاطر، علي

---

(١) د/ سعيد جبر : المسئولية الرياضية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص١١٦ وما بعدها، السنهوري : الوسيط، الجزء الثاني، ص١٢٣٦، فقرة ٥٩٤، د/ جميل الشرقاوي : مصادر الالتزام، ص ٥٣٤، فقرة ١١٠ هامش (١).

الرغم من نصح الطبيب له وإخباره بهذه المخاطر، فإن هـذا الرضـاء يخفف من مسئولية الطبيب عما وقع من أضرار. هذا، بعكس ما إذا جاء قبوله إجراء العملية نتيجة نصح الطبيب له بإجرائها، فـإن مثـل هـذا الرضاء لا يكون من شأنه تخفيف المسـئولية. كـذلك الأمـر، بالنسـبة للمهندس الذي يقدم علي تشييد بناء معيب، وذلك بعد أن رضي العميـل بذلك، فإن كان هذا الرضاء بناء علي استشارة المهنـدس ونصـحه لـه بالقبول، انتفت صفة الخطأ عن رضا العميل. وقامت مسئولية المهنـدس كاملة عن الأضرار الناتجة، أما إن كان الرضاء نابعاً من العميل نفسـه ودون استشارة المهندس، فإن مثل هذا الرضا، يكون خطئاً، ويتحمل بـه العميل المسئولية مع المهندس[١].

---

[١] السنهوري : المرجع السابق، ص٨٨٦ وما بعدها. وأشار بدوره إلي حكم لمحكمـة الـنقض قضت فيه : "بأن كل مضاربة تتضمن واقعتين بالنسبة إلي كل متضارب، واقعة يكـون هـو فيها جانياً علي غيره، والأخرى يكون مجنياً عليه من هذا الغير. فمن يطلب التعويض منهمـا تطبق علي طلبه قواعد المسئولية المدنية، ويقدر التعويض بحسب جسامة خطأ غريمه الناشئ عنه الضرر مع مراعاة مبلغ اشتراكه هو في إحداث الضرر لنفسه أو تسببه فيه، ثم يقضي له بالتعويض الذي يستحقه أو يرفض طلبه متى كان خصمه أيضاً قد طلب تعويضـاً فوجـدت المحكمة بعد البحث علي الطريقة المتقدمة أن تعويض خصمه يعادل تعويضه أو وجدت أنـه يربو علي تعويضه فأوقعت المقاصة بين التعويضين وقضت لخصمه الزائد، وكل ما تجـده المحكمة من ذلك يجب بيانه في الحكم. نقض جنائي في ١٩٣٣/١١/٢٨، المحامـاة، س١٣، رقم ٤٠١، ص٨١٥. ويعلق علي ذلك بالقول أن المحكمة لم تذهب إلي أن المضاربة تنطوي علي عنصر رضاء المضرور بالضرر، بل تعتبر كل مضارب معتدياً ومجنياً عليه، فتأخـذ منه بقدر ما اعتدي وتعطي له بقدر ما اعتدي عليه، وإذا كان هذا صحيحاً فـي المضـاربة=

ولا شك في أن الأمر كله يدور مع الإثبات وجوداً وعدماً، إذ أن مسألة الرضاء مسألة داخلية نفسية قلما يمكن إثباتها، وغالباً ما يصعب هذا الإثبات، اللهم إلا إذا ارتبطت الحالة الداخلية بعامل أو ظرف خارجي ينبئ عنها. ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، وبخاصة عند البحث في المسئولية الجنائية التي تدور - مثلها مثل باقي مسائل القانون الجنائي - مع اقتناع القاضي وحريته في تكوين عقيدته وجوداً وعدماً. طالما أن هذا الاعتقاد والاقتناع قد جاء موافقاً للواقع في معطياته وللقانون في تسبيبه.

الحالة الثالثة :

وفيها تجتمع في المضرور الصفات الثلاث وهي العلم بالضرر والرضاء به والتحرك نحو إدراكه وتحقيقه. وهي حالة نادرة الحدوث غير أنها متصورة وممكنة الوقوع. وهنا لا يقف مسلك المضرور عند حد الإهمال أو عدم التبصر أو اليقظة، بل يتعداه إلي درجة اتجاه إرادته نحو إلحاق نفسه بضرر، وعندئذ لا يكون مثل هذا المضرور شخصاً سوياً وإنما غالباً ما يصدر مثل ذلك عن شخص مضطرب ضعيف النفس مشوش التفكير، يائساً من الحياة قانطاً من رحمة ربه. إذ لا يقبل

=بوجه عام، إلا أن الاتفاق علي المضاربة - وهو قريب إلي المبارزة - ينطوي كما هو ظاهر علي معني رضاء المضرور بالضرر الذي قد يقع. السنهوري : المرجع السابق، هامش (٣)، ص١٢٣٨.

الشخص السوي المتزن إلحاق ضرر بنفسه، ولا يقدم علي ذلك. ويكون المضرور في الحالة الثالثة – في الغالب – مخالفاً لتعاليم دينه ونصوص قوانينه، ويأتي سلوكه ضاراً ليس به وحده، بل يضر بالمجموع[١].

وفي هذه الحالات القليلة يصل خطأ المضرور في رضائه بالضرر حداً من الجسامة، بحيث يكون من شأنه أن يستغرق خطأ المدين فتنتفي المسئولية عن هذا الأخير لانعدام رابطة السببية بين فعله والضرر. ويضرب الفقه علي ذلك أمثلة مستقاة من القضاء، من ذلك صاحب السفينة الذي يرضي عن بينة بنقل مهربات حربية فتصادر سفينته، ولا يستطيع الرجوع بشيء من التعويض علي صاحب المهربات، والمرأة البالغة سن الرشد ، إذا انقادت عن شهوة إلي معاشرة خليلها لا ترجع عليه بالتعويض، وإذا اتفق أهالي بلدين علي المضاربة معاً، ومات أحدهم أثناء المضاربة – بمعني المبارزة – فلا حق لورثته في التعويض، لأنه هو الذي عرض نفسه باختياره للقتل[٢].

ولكن، هل يخرج من هذه الحالة، وما يترتب عليها من تحمل المضرور للمسئولية كاملة، الوضع المتعلق بمن يقدم علي الفعل وهو مدرك للخطر وقابل للضرر، غير أن إقدامه علي ذلك، قد جاء بغرض

---

[١] محمد شتا أبو سعد : خطأ المضرور كسبب للإعفاء من المسئولية المدنية، مجلة مصر المعاصرة، س٧٥، العدد ٣٩٨، سنة ١٩٨٤، ص١٢١. وللمؤلف نفسه : الخطأ المشترك، دار الفكر الجامعي، بدون تاريخ، ص٤٣.

[٢] انظر في عرض هذه الأمثلة : السنهوري : المرجع السابق، ص١٢٣٨.

إنقاذ آخر أو مساعدته علي النجاة. فمن يلقي بنفسه في البحر لإنقاذ غريق، وقد لا يكون سابحاً أو يقدر علي العوم، ومن يقف في وجه حصان هائج بغية منعه من الإضرار بالمارين وإعادته إلي صاحبه. وقد لا يعلم فن التعامل مع مثل هذا الحيوان، فهل يعد الشخص في الحالات السابقة مقدماً علي الضرر، راضياً به، وبذلك يشكل فعله خطأ قد يترتب عليه تحمله لآثار الضرر مع المدين أو تحمله للضرر كلية؟

اختلفت الإجابة علي هذا السؤال بين الفقهاء. فهناك من يذهب إلي أن مثل هذا المضرور لا يعد سلوكه خاطئاً – وبالتالي لا يؤثر في قيام مسئولية المدين الكاملة عن الأضرار الناتجة، حتى ولو أتي سلوكه برعونة وعدم تبصر، إذ أنه قد أتي بعمل كريم وشهم وبالتالي لا يعقل أن يحرم من التعويض في هذه الحالة عما أصابه من أضرار [١].

وقد قضي في ذلك – بوجه عام – أن "إذا تدخل شخص من تلقاء نفسه في عمل بقصد منع الضرر عن الغير، كما إذا تدخل لوقف جواد جمح عن سائقه فنتج عن تدخله ضرر لشخصه، فإن من يكون مسئولاً عن الحادثة فيما لو وقع الضرر للغير يكون مسئولاً أيضاً عن الضرر الذي أصاب ذلك الشخص، وليس له أن يدفع عن نفسه هذه المسئولية بدعوى أن ذلك الشخص قد أخطأ في تدخله في الحادثة، إذا كان هذا

---

[١] د/ عبد الرشيد مأمون : علاقة السببية، المرجع السابق، ص٨١.

التدخل بقصد القيام بعمل إنساني"[١].

ويشترط البعض، لعدم اعتبار تدخل المضرور هنا خاطئاً وبالتالي انعدام تأثيره علي قيام مسئولية المدين، إلا يكون تدخله قد تم برعونة لا يأتيها شخص حذر، أما إذا ارتكب رعونة ما عند تدخله، يكون قد صدر منه خطأ، يؤدي إلي تحمل المتدخل لبعض آثار المسئولية عن الضرر الناتج[٢].

الفرع الثاني

خطأ المضرور مشتركاً مع غيره من الأخطاء

إن الحديث عن اشتراك خطأ المضرور مع غيره من الأخطاء، وبخاصة مع خطأ المدين، يستلزم بالضرورة من القاضي أن يحدد موقفه من نظريتي علاقة السببية السابق ذكرهما، وذلك بأن يتجه إلي اعتناق نظرية تعادل الأسباب أو – بالأحرى – تداخل الأسباب، ويمكنه إرجاع الضرر الناتج إلي أكثر من سبب يشترك في تحقق هذا الضرر، سواء أكان الاشتراك بشكل متساو أم كان متفاوتاً كل خطأ بحسب جسامته

(١) استئناف مصر في ٣٠ أكتوبر ١٩٢٣، المجموعة الرسمية، س٢٥، رقم ٩٥، ص١٧٥.

(٢) د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات ١٩٧٥، ص٢٣٥ وما بعدها.

ودوره في تحقيق الضرر. وإلي ذلك تشير المادة (١٦٩ مدني) بقولها : "إذا تعدد المسئولون عن عمل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسئولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في التعويض"[١]. وقد نصت المادة (٢٢٨ كويتي) علي هذا التضامن ولكن بشكل أكثر دقة بقولها : "إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم، التزم كل منهم، في مواجهة المضرور، بتعويض كل الضرر" فقد يسرت هذه المادة الطريق أمام المضرور ليلجأ إلي أي من المتسببين في الضرر ليطالبه بالتعويض كاملاً، وقطعت الطريق - في الوقت ذاته - علي من يطالبه المضرور

---

[١] مع ملاحظة أن تطبيق المادة ١٦٩ مدني هنا يتخذ طابعاً خاصاً، وذلك لإدخال المضرور المساهم بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه ضمن الأشخاص المسئولين عن التعويض، إذ يدخل في الحساب عند توزيع أثر المسئولية، فيتحمل نصيباً منها بالتساوي مع المسئولين المتعددين. السنهوري : المرجع السابق، ص١٢٤٢. وقد أشار إلي حكم لمحكمة النقض قضت فيه بأنه : "إذا كان قد نص في عقد توريد المياه علي تحمل المشترك التزام مراقبة وصيانة وحفظ المواسير الفرعية ومسئولية ما ينجم عن عدم القيام بهذا الالتزام من أضرار دون أن يتضمن هذا الاتفاق علي إعفاء المجلس القروي من مسئولية الخطأ التقصيري الذي يقع منه، فإن الحكم لا يكون قد خالف القانون متى أقام قضاءه بمسئولية المجلس علي أن خطأً تقصيرياً جسيماً وقع منه مما ساعد علي تفاقم الضرر الذي أصاب منزل المشترك نتيجة تسرب المياه من الكسر الذي حدث بالماسورة الفرعية بإهمال هذا المشترك ومخالفته نص الاتفاق المشار إليه، ومتى كان الحكم قد قسم الضرر الذي أصاب المنزل علي الطرفين وبين رابطة السببية بين الخطأ التقصيري وذلك الضرر، نقض مدني في ١٧ مايو ١٩٥٦، مج أحكام النقض، ص٧، رقم ٨٤، ص٦١٦.

بأن يدفع أمامه بالتجريد أو أن يتمسك بدفع جزء من التعويض يعادل ما تسبب فيه بخطئه وإنما يلزم بدفع التعويض كاملاً ثم يرجع علي المتسببين الآخرين بما يعادل نصيبهم في التعويض. وهذا الالتزام، وإن كان نتيجة طبيعية للتضامن المفروض علي المتسببين بنص المادة (١٦٩)، غير أن النص عليه يكون أولي وأقوى كما فعلت المادة (٢٢٨ مدني كويتي).

وقد أوضح المشرع المصري والكويتي مسألة الاشتراك في الخطأ هذه في نصين آخرين وهما المادة (٢١٦ مدني مصري)، (٢٣٤ مدني كويتي)، إذ نصت المادة (٢١٦) علي أنه "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه". ونصت المادة (٢٣٤) علي أن "١- إذا أسهم خطأ الشخص مع خطأ المضرور في إحداث الضرر، فإنه لا يكون ملتزماً بالتعويض إلا بقدر يتناسب مع ما كان لخطئه من أثر في وقوع الضرر بالنسبة إلي خطأ المضرور نفسه. ٢- ومع ذلك لا يكون لاشتراك خطأ المضرور مع خطأ المسئول أثر في مقدار الدية". والحكمة من الفقرة الثانية أن الدية ضمان اجتماعي تكفله الدولة للمضرور في الحالات التي يتعذر فيها عليه معرفة المتسبب في الضرر، ومن منطلق أنه ضمان من جانب الدولة، فلا يحرم منه المضرور أو من جزء منه

حتى ولو كان قد تدخل بخطئه في إحداث الضرر[١].

وحتى يمكن بيان كيفية مساهمة خطأ المضرور مع خطأ المدين، في إحداث الضرر، نعرض الفروض الآتية :

١-أن يكون خطأ كل من المضرور والمدين عمدياً أو جسيماً :

أي أن يقف كل من الخطأين علي قدم المساواة دون أن يستغرق أحدهما الآخر، بحيث يسببا معاً الضرر الناتج، وهنا يؤدي خطأ المضرور إلي إعفاء المدين من المسئولية بالقدر الذي ساهم فيه بخطئه في إحداث الضرر. وذلك، كما في حالة السائقين اللذين تعمدا التصادم بسيارتهما، فهنا يكون كل سائق قد تدخل عمداً في إحداث الإصابة التي لحقت به وبالآخر. وبالتالي يتحمل كل منهما بتعويض جزء من الضرر الذي وقع للآخر، كما يتحمل بجزء من الضرر الذي أصابه بمقدار ما ارتكبه من خطأ.

ويلاحظ أن إثبات الخطأين يكون سهلاً إذا تعلق الأمر بخطأ مفترض كما هو الحال بالنسبة للسائق إذ يفترض خطؤه في قيادة السيارة من واقع مسئوليته عن حراسة الشيء الذي بيده وهو هنا السيارة. وذلك طبقاً للمادة (١٧٨ مدني مصري). التي افترضت مسئولية من يتولي حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة – كالسيارة – عن الضرر الناتج،

---

[١] وقد نصت علي هذا الضمان المادة ٢٥٦ مدني كويتي.

ولا يعفي من المسئولية بإثبات بذله هذه العناية، وإنما يعفي منها في حالة إثبات وقوع الضرر بسبب أجنبي لا يد له فيه[١]. وفي مثالنا، إذا لم ينجح أي من السائقين في إثبات السبب الأجنبي الذي أدي إلي التصادم قامت المسئولية علي عاتقيهما بناء علي الخطأ المفترض في جانب كل منهما في حراسة السيارة. أما إذا أفلح أحدهما في إثبات السبب الأجنبي، كأن أثبت أن خطأ السائق الآخر هو الذي أدي إلي خطئه، فهنا تنتفي مسئوليته وتقع علي عاتق الآخر الذي استغرق خطؤه خطأ الأول.

ولكن الإثبات يتعذر في الحالات التي لا يفترض فيها الخطأ وإنما تقوم المسئولية فيها علي أساس الخطأ الثابت، إذ ينبغي هنا علي كل من المدين والمضرور التدليل علي أن خطأه لم يستغرق خطأ الآخر وبالتالي لم يقطع علاقة السببية بين هذا الخطأ والضرر الناتج فإن ثبت ذلك، قامت المسئولية علي عاتق الطرفين بالتساوي كأصل عام، أو بحسب دور كل خطأ في إحداث الضرر كاستثناء.

---

(١) وقد قضت في ذلك محكمة النقض بالقول بأن : "المسئولية المقررة بالمادة ١٧٨ مدني – وعلي ما جري به قضاء هذه المحكمة – إنما تقوم علي أساس خطأ مفترض وقوعه من حارس الشيء ومن ثم فإن هذه المسئولية لا تدرأ عن هذا الحارس بإثبات أنه لم يرتكب خطأ ما أو أنه قام بما ينبغي من العناية والحيطة حتى لا يقع الضرر من الشيء الذي في حراسته، وإنما ترتفع هذه المسئولية فقط إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، وهذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ الغير". نقض مدني في ١٩٧٧/٣/١، طعن ٥٣٨ لسنة ٤٣ق، مج أحكام النقض، س٢٨، ص٥٩١.

٢-أن يكون خطأ كل من المضرور والمدين بسيطاً :

الفرض هنا أن الضرر قد وقع بإهمال من الطرفين، أي أن كلاً من المدين والمضرور قد ساهم بخطئه اليسير في إحداث الضرر. ولا تختلف النتيجة هنا عن سابقتها إذ يتحمل الطرفان أثر المسئولية المتمثل في التعويض، ومعني ذلك، أن كلاً منهما يعوض نفسه عن جزء من الضرر الذي أصابه، وذلك لتحمله بجزء من المسئولية الناتجة ولا يستطيع أي منهما التمسك بخطأ الآخر للإفلات من المسئولية. ومثال ذلك، أن يقع إهمال من جانب كل من الطبيب والمريض أثناء العلاج أو إجراء العملية الجراحية. وينتج عن ذلك ضرر أصاب المريض، ويتحمل الطبيب هنا بتعويض جزء من هذا الضرر بقدر مساهمة خطئه في إحداثه، ويتحمل المضرور تعويض نفسه بالجزء الآخر، لأن خطأه قد ساهم مع خطأ الطبيب في وقوع الضرر.

٣-أن يكون كل من الخطأين متلازمين أو متعاقبين زمنياً :

فإذا كان الخطآن متلازمين زمنياً فلا تثور مشكلة، إذ يكونا قد اشتركا في إحداث الضرر وبالتالي تقوم المسئولية علي عاتق الطرفين ويتحملا التعويض معاً. ولكن تظهر المشكلة إذا كان الخطآن متعاقبين زمنياً، إذ قد يحدث هنا استغراق الخطأ اللاحق للخطأ السابق عليه - أو قد يدعي - العكس - صاحب الخطأ اللاحق بأن خطأه كان نتيجة للخطأ السابق. فإذا ثبت استغراق أحد الخطأين الآخر لكونه لاحقاً عليه لأنه جاء

نتيجة له. كانت مسئولية مرتكب الخطأ المستغرق كاملة عن تعويض الأضرار الناتجة، وأعفي بذلك مرتكب الخطأ المستغرق من المسئولية. أما إذا ثبت عدم استغراق أي من الخطأين للآخر علي الرغم من كونهما متعاقبين أو متزامنين، بأن ظل كل خطأ قائماً بذاته في المساهمة في إحداث الضرر، قامت مسئولية الطرفين، ويسأل المضرور عن تعويض نفسه أو الغير بجزء من الضرر بحسب ما ارتكبه من خطأ.

وقد أشرنا من قبل إلي حكم لمحكمة الاستئناف التي قضت فيه بأن "السائق قد هدأ من سيره أمام محطة إجبارية ولكنه لم يقف، وكان أحد الطلبة قد تعلق بمركبته وأسرع السائق في السير، فسقط الطالب بين عجلات الترام ومات في المستشفي فاعتبرت المحكمة أن هناك خطأ مشتركاً بين السائق الذي أسرع بعد أن أوهم الناس أنه سيقف في المحطة الإجبارية وبين الطالب الذي تعلق بالمركبة والترام يسير ولو بعد تهدئة السير[١].

وهكذا يتضح من عرض حالات الخطأ المشترك أن النتيجة المترتبة علي وجوده تتمثل في تحمل كل من المدين والمضرور بتعويض الأضرار الناتجة عن مثل هذا الخطأ. وهو ما أشارت إليه المادتان (١٦٩، ٢١٦ مدني).

---

(١) استئناف مختلط في ١٦ فبراير ١٩٥٩، المحاماة، س٦١، ص٥٧.

والقاعدة أن يكون تحمل الطرفين للضرر بشكل متساوي وهـو مـا يحدث في حالتين :

الأولي : أن تكون مساهمة كل خطأ في إحداث الضرر مساوية فـي حجمها لمساهمة الآخر، أي أن يأتي اشتراك الخطأين في قيام المسـئولية علي قدم المساواة دون أن يتميز أحدهما عن الآخر سـواء بالزيـادة أو النقصان. ولا شك في أن المنطق العادل يفرض هنا تحمل الطرفين لآثار المسئولية بالتساوي، وبما أن المضرور أحد المتسببين في إلحاق الضرر بنفسه، فإنه يتحمل بتعويض نفسه بجزء مساو لما ارتكبه من خطأ.

الثانية : أن يتعذر معرفة مقدار مساهمة كل من الخطأين، فيفتـرض هنا المساواة بينهما في المسئولية، بمعني أن القاضي لم يستطع تبيان قدر مساهمة المشتركين في الخطأ[١]، فيلجأ إلـي افتـراض المسـاواة فـي المساهمة وبالتالي في تحمل التعويض. وإذا كانت هـذه هـي القاعـدة العامة، فإن الاستثناء يتعلق بتحديد مقدار مساهمة كل خطأ اشـترك فـي إحداث الضرر، وبالتالي الحكم بجزء من التعويض علي المتسبب يساوي ما ارتكبه من خطأ، فإذا تبين للقاضي مقدار مساهمة المدين أو المضرور فإنه يوزع التعويض بينهما بحسب هذا المقدار، وهو ما أشار إليه عجـز المادة (١٦٩ مدني) بالقول : "... إلا إذا عين القاضي نصيب كل مـنهم

---

[١] د/ محمد علي عمران : الالتزام بضمان السلامة، دار النهضة العربية، ١٩٨٠، ص٢٢٣.

في التعويض..."[١].

ويشير الفقه إلي أن القضاء قد استقر علي أن الأساس الذي يقوم عليه توزيع أو قسمة المسئولية هو مدي جسامة الخطأ المرتكب، بحيث يتحمل كل مساهم في المسئولية بنصيب من التعويض يتساوي مع درجة جسامة خطئه. ولقد قيل في هذا الصدد "أن نص المادة (١٦٩ مدني) يشير إلـي أن المدعي عليه والغير يكونان مسئولين بالتضامن فيكون للمضرور أن يرجع علي أي منهما بكل التعويض، فإذا دفع أحدهما التعويض كاملاً كان له أن يرجع علي الآخر بقدر نصيبه في المسئولية والأصل أن توزيع المسئولية بينهما بالتساوي، إلا إذا استطاع القاضي أن يحدد نصيب كل منهما بحسب جسامة الخطأ الذي صدر منه"[٢]. وإذا كان الكلام السابق يتعلق بمسئولية المساهمين في إحداث الضرر في مواجهة المضرور، فإنه ينطبق أيضاً علي الحالة التي يكون فيها المضرور أحد هؤلاء المساهمين لارتكابه خطأ أدي - مع خطأ المدين - إلي قيام المسئولية.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية بقولها : "إذا كان المضرور قد ساهم بخطئه في إحداث الضرر الذي أصابه، فإن ذلك

---

(١) كما أشارت إلي ذلك أيضاً الفقرة الثانية من المادة ٢٢٨ مدني كويتي بقولها : "... ويتوزع جرم المسئولية فيما بين المسئولين المتعددين بقدر دور خطأ كل منهم في إحداث الضرر فإن تعذر تحديد هذا الدور وزع عليهم جرم المسئولية بالتساوي".

(٢) د/ عبد المنعم فرج الصده : المصادر ١٩٨٤، بند ٤٧٠، ص٥٠٩.

يجب أن يراعي في تقدير التعويض المستحق له، فلا يحكم علي الغير إلا بالقدر المناسب لخطأ هذا الغير..."[1].

وقد أوضحت ذلك بجلاء المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني بقولها : "إن القاضي عندما يحدد ما يؤديه كل من المسئولين المتعددين فإنه يعتد في ذلك بجسامة الخطأ الذي وقع منه ونصيب هذا الخطأ في إحداث الضرر، وكل ظرف آخر من شأنه أن يكشف عن مدي مساهمة المسئول في الضرر الحادث"[2].

وتجدر الإشارة إلي أن مبدأ توزيع المسئولية في فرنسا طبقاً لمدى جسامة خطأ كل مشترك، يقوم علي الرغم من عدم وجود نص مشابه للنص المصري، حيث قد انتهي القضاء الفرنسي إلي قسمة المسئولية بين المضرور والمدين، تأسيساً علي أنهما قد ساهما في تحقيق الضرر، بخطأ مستقل منسوب إلي كل منهما[3]. وقد شهد القضاء الفرنسي تطوراً في

---

[1] نقض جنائي في ١٩٦٩/١٢/١١، طعن رقم ١٣٨٣، لسنة ٣٨ق، مج أحكام النقض س١٩، ص٢٤٨.

[2] مجموعة الأعمال التحضيرية – الجزء الثاني، ص٣٨٤.

[3] محمد شتا أبو سعد : الخطأ المشترك، المرجع السابق، ص٦٥. ويشير إلي أن بعض الفقه قد ذهب إلي أن توزيع المسئولية في القانون المصري لا يتم بحسب جسامة الخطأ وإنما بمدي فاعلية كل سبب وقوته السببية في إحداث الضرر (إبراهيم الدسوقي أبو الليل : الإعفاء من المسئولية المدنية عن حوادث السيارات ١٩٧٥، ص٤١١). وفي الحقيقة أن الأمر لا يختلف كثيراً، فإذا كانت توجد حالات يتسبب فيها الخطأ اليسير في إحداث ضرر جسيم والعكس أيضاً فقد لا يترتب علي الخطأ الجسيم إلا ضرر يسير، فإن هذه الحالات قليلة، ولا تقضي=

هذا الشأن بصدد المسئولية عن حراسة الأشياء وبخاصـــة فـــي مجـــال مسئولية سائق السيارة عن الأضرار التي تصيب أحد الركاب (١).

=علي القاعدة العامة والتي تسير مع منطق الأمور، والتي تقضي بأن الخطأ الجسيم غالباً ما يترتب عليه ضرر جسيم أيضاً والعكس صحيح – أي أن القاعد هي أن الربط يتم بين الخطأ والضرر، وإن كانت هذه القاعدة لا تمنع من وجود حالات يتم فيها النظر إلي الضرر النـــاتج بصرف النظر عن جسامة الضرر أو ضآلة المرتكب، أي يتم الربط هنـــا بـــين التعـــويض والضرر.

(١) وإن وجدت قوانين خاصة نصت علي فعل المضرور كسبب معفي من المسئولية، من ذلك ما نصت عليه المادة ١/١٢٠، ٢ من قانون العمل التي تقرر رفع مسئولية رب العمـــل كليـــاً أو جزئياً إذا تسبب العامل بخطأ جسيم أو عمدي في وقوع الحادث، من ذلك أيضـــاً النصـــوص المتعلقة بسقوط حق المؤمن له في مبلغ الضمان في الحـــالات الموضـــحة بقـــانون التـــأمين الفرنسي الصادر في عام ١٩٣٢ وتعديلاته.

الفصل الثاني

المسئولية عن فعل الغير والمسئولية الناشئة عن الأشياء (المسئولية المفترضة)

علي الرغم من أن المشرع المصري قد اعتنق – من حيث الأصل – مبدأ المسئولية المدنية عن الفعل الشخصي، بمعني أن الإنسان لا يسأل إلا عن نتاج ما ارتكبه من أفعال تسببت في إلحاق أضرار بالغير غير أنه قد خرج عن هذا الأصل عندما أخذ بمسئولية الشخص عن أفعال الغير هذه المسئولية تقوم علي خطأ واجب الإثبات في حق هذا الغير وخطأ مفترض في حق المسئول أو خطأ غير واجب الإثبات في حق هذا المسئول. كما أخذ المشرع بنوع آخر من المسئولية المفترضة وينشأ عندما يتدخل شيء أو حيوان في إحداث الضرر بالغير، فهنا تقوم مسئولية حارس هذا الشيء أو ذلك الحيوان.

وقد نظم المشرع هذين النوعين من المسئولية في المواد من (١٧٣) إلي (١٨٧) مدني.

المبحث الأول

المسئولية عن فعل الغير

وقد نظم المشرع نوعين من هذه المسئولية يتعلق الأول منهما بمسئولية من تجب عليه الرقابة عمن هم في رقابته "مسئولية متولي الرقابة" وفي الثاني تناول المشرع مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه.

المطلب الأول

مسئولية متولي الرقابة

نصت المادة (١٧٣ مدني) علي أن "١- كل من يجب عليه قانوناً أو اتفاقاً رقابة شخص في حاجة إلي رقابة، بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية، يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير، بعمله غير المشروع. ويترتب هذا الالتزام ولو كان من وقع منه العمل الضار غير مميز. ٢- ويعتبر القاصر في حاجة إلي الرقابة إذا لم يبلغ خمس عشرة سنة، أو بلغها وكان في كنف القائم علي تربيته. وتنتقل الرقابة علي القاصر إلي معلمه في المدرسة أو المشرف في الحرفة، مادام القاصر تحت إشراف المعلم أو المشرف. وتنتقل الرقابة علي الزوجة القاصر إلي زوجها أو إلي من يتولى الرقابة علي

الزوج. ٣- ويستطيع المكلف بالرقابة أن يخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة، أو أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية".

ويتناول هذا النص أمرين اثنين **الأول** يتعلق بشروط قيام مسئولية متولي الرقابة ويخص **الثاني** مسألة أثر توافر هذه الشروط.

الفرع الأول

شروط توافر مسئولية متولي الرقابة

يلزم لقيام مسئولية متولي الرقابة شرطين مهمين، **أولهما** وجود رقابة لشخص علي آخر، **ثانيهما** صدور عمل غير مشروع ممن هو تحت الرقابة.

الأول : وجود الرقابة :

هذه الرقابة تبرر قيام مسئولية شخص عن أفعال شخص آخر وأعماله. بما تعطيه لصاحبها من إمكانية السيطرة علي تصرفات شخص آخر ويتحكم في أفعاله ويمنعه من القيام بغير المشروع منها. والرقابة التي توفر لصاحبها ذلك هي الرقابة بجناحيها، أي الرقابة الفعلية والقانونية في الوقت ذاته. ويتعين أن ينشأ التزام قانوني علي عاتق أحد

الأشخاص برعاية شخص آخر ورقابة أفعاله. ويجد هذا الالتزام مصدره إما في الاتفاق أو بنص القانون.

ويظهر هذا الالتزام في مطلع المادة (١٧٣) من قولها "كل من تجب عليه..." فالأب يتولى رعاية ابنه قانوناً، ومدير مستشفي الأمراض العقلية مسئول عن رقابة مرضاه، اتفاقاً، والتزام شخص رشيد عاقل بالرقابة علي أفعال آخر رشيد وعاقل مثله لا بد وأن يكون بالاتفاق علي ذلك. والسبب الذي من أجله يقرر المشرع التزاماً علي شخص يتولى رقابة آخر قد يكون صغر سن متولي الرقابة، وقد تكون الحالة العقلية التي عليها المشمول بالرقابة.

ويكون الشخص مشمولاً بالرقابة **أولا** إلي أن يبلغ سن الخامسة عشرة[١]، فإذا بلغها فإن القاعدة هي تحرره من الرقابة وتخلص المسئول عن الرقابة منها، إلا إذا ظل القاصر في كنف من يتولي تربيته (الأب أو الجد أو الأم) حتى بعد بلوغه هذه السن.

---

[١] قضت محكمة النقض بأنه "إذا أقام الحكم المطعون فيه قضاءه بمسئولية الأب عن خطأ ابنه الذي كان يبلغ تسع سنوات وقت الحادث علي أساس أن الخطأ وقع في حضوره وأنه أهمل في رقابة ابنه إذ شاهده في الطريق قبل وقوع الحادث يلهو بلعبة "النبلة" وهي أداة الفعل الذي سبب الضرر، دون أن يتخذ الحيطة لمنعه من ممارسة هذه اللعبة بل تركه يلهو بها إلي ما في استعماله من خطر قد تحقق فعلاً فأصيب المطعون ضده في إحدى عينيه، وكانت الظروف التي وقع فيها الحادث من شأنها، حتى قبل هذه الظروف. حدوث الخطر من مزاولتها، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ بتطبيق القانون...." نقض مدني في ٢٣ ديسمبر ١٩٦٩، مج أحكام النقض س ٢٠ رقم ٢٠٣، ص ١٣٠٣.

والعلة من ذلك تكمن في زوال الولاية علي النفس علي القاصر في سن الحادية عشرة. إذا بلغ القاصر هذه السن واستمر في كنف متولي الرقابة، فإنه يظل مشمولاً بالعناية والرقابة ويبقي متولي الرقابة مسئولاً عن تصرفاته حتى يبلغ سن الرشد (٢١ سنة) حتى ولو ظل في كنف غيره.

وتنتقل الرقابة علي القاصر مؤقتاً إلي المدرسة خلال فترة الدراسة أو إلي معلم الحرفة في فترة التعليم، ثم تعود إلي متولي الرقابة الأصلي بعد انتهاء يوم الدراسة أو فترة التعلم.

وإذا كان القاصر أنثي وتزوجت فإن الرقابة تنتقل إلي الزوج أو إلي متولي الرقابة علي الزوج إذا كان الأخير بدوره قاصراً. ويكون الشخص مشمولاً بالرقابة. **ثانياً** بسبب الحالة العقلية أو الجسمية وذلك كالجنون والعته وحالات الانفصال الشديدة، ولا علاقة للسن بهذه الحالة، إذ يكون الشخص مشمولاً بالرقابة علي الرغم من بلوغه سن الرشد وذلك بسبب حالته العقلية التي تمنعه من حسن التصرف أو إدارة أموره أو حالته الجسمية كأن يكون كفيف البصر أو مقعداً أو مصاباً بشلل، فهنا يتولى الرقابة عليه اتفاقاً من يتولي الإشراف علي شئونه الخاصة كأن يكون الزوج أو الزوجة أو قريب أو مدير مستشفي.

الشرط الثاني : صدور عمل غير مشروع من الخاضع للرقابة :

ينبغي حتى تقوم مسئولية متولي الرقابة أن يصدر عمل غير مشروع من جانب الخاضع للرقابة سواء تمثل العمل في قول أم كان فعلاً، وهنا يقع علي عاتق المضرور عبء إثبات وقوع هذا العمل غير المشروع من ناحية المشمول بالرقابة حتى تتحقق مسئولية متولي الرقابة، وإذا تعذر إثبات الخطأ في بعض الحالات، فإن المسئولية هنا تقوم علي افتراض الخطأ في جانب الخاضع للرقابة، وبذلك يكون الخاضع مسئولاً عن خطأ مفترض لقرينه لا تقبل إثبات العكس ويكون متولي الرقابة مسئولاً أيضاً عن خطأ بالصفة ذاتها. وقد أشارت إلي بعض ذلك المادة (١٧٣) في نهاية فقرتها الأولي بالقول "ولو كان من وقع منه الفعل غير مميز".

الفرع الثاني

أثر توافر الشرطين السابقين وكيفية دفع المسئولية

إذا توافر الشرطان السابقان قامت مسئولية متولي الرقابة علي قرينة الخطأ المفترض في جانبه المتمثل في إخلاله بواجب الرقابة والرعاية عليه تجاه الخاضع للرقابة، أو أنه أساء تربيته مما هيأ له مثل ارتكاب العمل غير المشروع[١] ولكن القرينة التي تقوم علي خطأ متولي الرقابة قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانبه، إذ في إمكانه إثبات أنه قام بما عليه من واجب الرعاية وأنه بذل العناية المطلوبة في الرقابة، أي أنه قام بواجب الرقابة، ومع ذلك، وقع الفعل من جانب المشمول بالرقابة وهو ما أشارت إليه الفقرة الثالثة من المادة (١٧٣) بقولها "ويستطيع المكلف بالرقابة أن يتخلص من المسئولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرقابة".

ويقع عبء الإثبات هنا علي عاتق متولي الرقابة ويمكن للأخير التخلص من المسئولية أيضاً بنفي علاقة السببية بين خطئه المفترض والعمل غير المشروع إذا أثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغي من العناية "كأن يثبت أن الضرر لا علاقة له بالخطأ المفترض من جانبه وإنما كان بسبب أجنبي لا شأن لمتولي الرقابة ولا الخاضع لها به"[٢].

---

(١) السنهوري : المرجع السابق، ص١٠٤١.

(٢) وقد يرجع متولي الرقابة بالتعويض الذي دفعه إلي الغير المضرور علي الخاضع للرقابة في الحدود لتي يكون فيها هذا الأخير مسئولاً عن التعويض وهو ما أشارت إليه المادة ١٧٥ مدني بقولها "للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون هذا الأخير مسئولاً عن تعويض الضرر".

المطلب الثاني

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعيه

نظمت هذا الموضوع المادة (١٧٤ مدني) بقولها "١- يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعاً منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها. ٢- وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبوع حراً في اختيار تابعه متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه". ونعرض في هذا المجال لشروط توافر مسئولية المتبوع ثم أساس هذه المسئولية وكيفية دفعها.

الفرع الأول

شروط مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه

يبين من نص المادة (١٧٤ مدني) المشار إليه من قبل ضرورة توافر شرطين لقيام المسئولية.

الشرط الأول : ويتمثل في تحقق التبعية التي تبرر أن يكون للمتبوع سلطة الإشراف والرقابة علي التابع وتوجيهه؛ والتبعية التي تؤدي إلي ذلك قد تكون تبعية قانونية (مشروعة) وهي تلك التي تستند إلي أساس قانوني كالعلاقة بين الأب والابن أو تستند إلي أساس عقدي وتقوم علي

الاختيار كالعلاقة بين رب العمل والعامل. وليس بشرط أن يمارس المتبوع سلطة الرقابة والتوجيه بناء علي وجود هذه التبعية الشرعية، وإنما قد تثبت له هذه السلطة بناء علي قيام سلطة فعلية يمارسها المتبوع علي تابعه ولا يستند إلي أي أساس قانوني فإذا كان عقد العمل باطلاً ومع ذلك ظل العامل يمارس عمله لدي رب العمل فيثبت للأخير سلطة فعلية علي الأول علي الرغم من تخلف الأساس القانوني. وتتوافر السلطة الفعلية، وبالتالي التبعية، حتى ولو لم يمارسها المتبوع فعلاً.

قد قضت في ذلك محكمة النقض بقولها "لا يرفع المسئولية المدنية عن مالكة المجلة ادعاؤها بعدها عن أعمالها التي يقوم بها ابنها الناشر وحده مادامت هي التي اختارته لهذا العمل، إذ هو يعتبر تابعاً لها تسأل عن خطئه ما بقيت ملكية المجلة لها"[١].

كما تتوافر التبعية المبررة للمسئولية حتى ولو لم يكن للمتبوع حرية اختيار تابعه، كما لو كان الأخير مفروضاً علي الأول، فالجهة التي لا تختار موظفيها والشركة التي يفرض عليها تلقي عمال، لا تتوافر الحرية بالنسبة لكليهما في الاختيار، ومع ذلك تسأل الجهة أو الشركة عن أعمال هؤلاء الموظفين.

ولا يشترط في التبعية أن يكون المتبوع قادراً علي الإشراف علي

---

[١] نقض ـ ـائي ١٦/١/١٩٥٠، مج أحكام النقض س١ رقم ٨٣، ص٢٥١.

التابع من الناحية الفنية، بل يكفي أن تتوافر التبعية ولو في صورتها الإدارية المتمثلة في مجرد الإشراف والرقابة والتوجيه الإداري، فمدير المستشفي له حق الإشراف والتوجيه وتقوم بينه وبين أطباء المستشفي صلة التبعية، حتى ولو لم يكن طبيباً وكذلك السائق يكون تابعاً لمالك السيارة الذي لا يعرف القيادة.

وقد قضت محكمة النقض "أنه وإن كان قيام رابطة التبعية لا يقتضي أن يكون المتبوع حراً في اختيار تابعه إلا أنه يشترط لقيام هذه التبعية أن يكون للمتبوع علي التابع سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه، وهذه السلطة لا تكون للطبيب الجراح في مستشفي عام علي الطبيب الذي عينته إدارة المستشفي لإجراء التخدير، ومن ثم فإن هذا الأخير لا يعتبر تابعاً للطاعن في حكم المادة (١٧٤ مدني)"(١).

كما قضت أيضاً بأن "قوام علاقة المتبوع بالتابع هو ما للأول علي الثاني من هذه السلطة الفعلية من الناحية الإدارية أو التنظيمية وأن العبرة في تحديد المتبوع المسئول عن خطأ التابع هي بوقت نشوء الحق في التعويض وهو وقت وقوع الخطأ الذي ترتب عليه الضرر الواجب لهذا التعويض"(٢).

وإذا وزعت السلطة بين أكثر من شخص وتوافرت التبعية بين

---

(١) نقض مدني في ٣ يوليو ١٩٦٩، مج أحكام النقض س٢٠ رقم ١٦٩، ص١٠٩٤.

(٢) طعن رقم ٧٢٥٣ لسنة ٦٣ق في ٢٠٠٢/٢/١٠.

مجموعة أشخاص وتابع لهم، فإن كل واحد من هؤلاء يكون مسئولاً عن عمل التابع وخطئه، طالما أن سلطة الرقابة والتوجيه متوافرة لكل واحد من المجموعة، فالخادمة التي تقوم بالشئون المنزلية لأكثر من أسرة في أوقات متعاقبة، تكون تابعة لكل أسرة تتواجد في منزلها وتقوم بالعمل لصالحها.

وإذا انتقلت التبعية، وبالتالي سلطة الرقابة والتوجيه، من شخص إلي آخر، تثبت مسئولية هذا الأخير عن أعمال التابع طيلة الفترة التي يمارس فيها سلطته، فالطبيب الذي يجري عمليات جراحية لحسابه الخاص في مستشفي، إذا استعان في ذلك بممرضة تعمل في المستشفي، تكون الممرضة تابعة له في قيامها بمعاونته في هذه العمليات، وتنتقل تبعيتها إليه من المستشفي[١].

الشرط الثاني : خطأ التابع أثناء أداء وظيفته أو بسببها :

فلا بد أن يشكل فعل التابع خطأ في مواجهة الغير وهو ما عبرت عنه المادة (١٧٤ مدني) بالقول بأن يكون عمل التابع غير مشروع، ولا يكفي أن يرتكب التابع خطأ وإنما يتعين أن يؤدي هذا الخطأ إلي إلحاق ضرر بالغير، أي يرتبط الخطأ بالضرر بعلاقة سببية. فالعامل الذي يصيب الغير بأضرار، والناقل الذي يصدم أحد المارة فيحدث به جروحاً،

---

[١] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٥٦١.

فإن رب العمل ومالك السيارة يسألان عن الأضرار التي ترتبت نتيجة هذا الخطأ. ومفاد ما تقدم أن قيام مسئولية المتبوع يتوقف علي ثبوت مسئولية التابع.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن "لا تقوم مسئولية الحكومة عن تعويض الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب الاضطرابات والقلاقل إلا إذا أثبت أن القائمين علي شئون الأمن قد امتنعوا عن القيام بواجباتهم وقصروا في إدارتها تقصيراً يمكن وصفه في الظروف التي وقع فيها الحادث بأنه خطأ"[١].

ويلاحظ أن عبء إثبات قيام مسئولية التابع يقع علي عاتق المضرور إذ عليه التدليل علي توافر أركان المسئولية الثلاثة من خطأ وضرر وعلاقة سببية، ولكنه لا يكلف بإثبات أي خطأ في جانب المتبوع. وقد قضت محكمة النقض بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة، أنه إذا ارتكب التابع فعلاً غير مشروع، فإن المتبوع يكون متضامناً مع تابعه ومسئولاً قبل المضرور عن أعماله غير المشروعة، وينبني علي ذلك أن يكون كل من التابع والمتبوع ملتزماً في مواجهة المضرور بكامل الدين الناشئ عن تلك المسئولية وللمضرور أن يوجه مطالبته به إلي من يختاره منهما علي انفراد أو إليهما مجتمعين..."[٢].

---

[١] نقض مدني في ٢١ مارس ١٩٦٨، مج أحكام النقض س١٩، رقم ١٦، ص٥٧٦.

[٢] نقض مدني في ٢٠٠٢/٦/٦ طعن رقم ٦٣٤٨، لسنة ٦٣ق.

ولا يكفي أن يقع من التابع خطأ وإنما ينبغي أن يحدث ذلك أثناء قيامه بتأدية وظيفته أو بسببها، فهذا هو المعيار في قيام مسئولية المتبوع وما يبررها. فإذا ارتكب التابع خطأ لا علاقة له بالوظيفة التي يؤديها ولا يمت لها بصلة، فإنه من غير المقبول الحديث عن مسئولية المتبوع؛ فما وجدت هذه الأخيرة إلا من منطلق قاعدة الغرم بالغنم أو نظرية تحمل المخاطر، فكما يستفيد المتبوع من وراء التابع فإنه يسأل عن أخطائه بشرط أن تحدث هذه الأخطاء أثناء تأدية العمل أو – علي الأقل – بسببه، بحيث يثبت أن التابع ما كان يستطيع ارتكاب الخطأ أو يفكر في ارتكابه لولا الوظيفة.كالخادم الذي يري سيده في مشاجرة مع آخر فيتدخل لنصرته بضرب الطرف الآخر حتى الموت.

وليس بشرط أن يوجه المتبوع تعليماته إلي التابع بارتكاب الخطأ أو أن يكون له دخل في ذلك بتحريضه علي ارتكاب الخطأ، بل ليس بشرط أن يكون المتبوع علي علم بما ارتكبه التابع.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بالقول أن "مسئولية المتبوع تتحقق حتى ولو كان غائباً وغير عالم بجريمة التابع"[١]. كما قضت أيضاً بأنه "لا يشترط أن تكون الجريمة التي تقع من الخادم قد وقعت بتحريض من السيد، وبأن أساس مسئولية السيد عن أخطاء خادمه قائمة قانوناً على ما يفترض في جانب المتبوع من الخطأ والتقصير في اختيار التابع أو في

---

[١] نقض جنـ ١٩٣٩/١١/٦، المحاماة، ٢٠ رقم ٢٠١ ص٥٨٣.

رقابته، وهذا النوع من المسئولية لا يشترط فيه تحريض من السـيد ولا صدور أي عمل إيجابي منه"[١].

أما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه التابع لا علاقة له بالوظيفة أو بالعمل الذي يؤديه لصالح المتبوع، فإن المسئولية الأخيرة لا تقوم وذلك لانتفـاء مبررها المنطقي فالخفير الذي يستخدم بندقيته في تسوية حساب شخصي من آخر، لا يعد الخطأ الصادر عنه صادراً بمناسبة أو بسـبب الوظيفـة ولا يسأل عن نتائجه المتبوع.

والذي يحدد ما إذا كان الخطأ قد وقع أثناء الوظيفة أو بسببها أو أنـه أجنبي عنها هو القاضي مهتدياً في ذلك بالعقد الذي قد يحدد اختصاصات التابع والعمل المطلوب منه. أو نصوص القانون التـي تبـين المحتـوي الوظيفي لكل موظف أو عامل، فإذا تجاوز التابع الحدود المرسومة له في العقد أو القانون أو انحرف في أداء العمل المطلوب منه، فلا مسئولية هنا تقع علي المتبوع.

فموظف البنك الذي يستولي علي أموال أحد العملاء لحسابه الخاص، والحارس الذي يشعل الحريق في المكان المكلف بحراسته مما أدي إلـي إتلاف منقولات خاصة بأحد العملاء، في مثل هذه الحالات تقع المسئولية كاملة علي عاتق التابع وتنتفي مسئولية المتبوع وفقاً للاتجاه السائد فـي

---

[١] الحكم السابق.

الفقه. وذلك علي أساس من القول "أن الخطأ قد وقع هنا بمناسبة الوظيفة، فالوظيفة قد اقتصر دورها علي تيسير ارتكاب الخطأ أو المساعدة عليه أو تهيئة الفرصة لارتكابه ولكنها لم تكن ضرورية لوقوع الخطأ أو التفكير فيه من جانب التابع"[١].

بينما تذهب محكمة النقض المصرية إلي غير ذلك بالقول أنه يكفي أن تكون الوظيفة قد سهلت ارتكاب الخطأ أو هيأت الفرصة لذلك، حتى تقوم مسئولية المتبوع، فقد قضت بأن "المشرع أقام مسئولية علي أساس خطأ مفترض من جانب المتبوع لا يقبل إثبات العكس يرجع إلي سوء اختيار تابعه وتقصيره في رقابته وأن المشرع لم يقصد أن تكون تلك المسئولية مقصورة علي عمل التابع وهو يؤدي عملاً داخلاً في طبيعة وظيفته أو أن تكون الوظيفة هي السبب المباشر لهذا الخطأ أو تكون ضرورية لإمكان وقوعه، بل تتحقق المسئولية أيضاً طالما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة علي إتيان الفعل الضار غير المشروع أو هيأت له بأية طريقة كانت فرصة ارتكابه"[٢].

---

[١] السنهوري: المرجع السابق، ص١٤٥٤.

[٢] نقض جنائي في ١٧ ديسمبر ١٩٦٣.

الفرع الثاني

أثر توافر الشرطين السابقين

يؤدي توافر الشرطين السابق ذكرهما إلي ثبوت مسئولية المتبوع بالتضامن مع التابع عن تعويض الأضرار التي لحقت بالغير من جراء خطأ التابع. وتقوم مسئولية المتبوع علي خطأ مفترض من جانبه بحيث لا يكلف المضرور بإثبات أي إهمال أو تقصير في جانب المتبوع في اختيار التابع أو رقابته.

وتبرر هذه المسئولية المفترضة بالنسبة للمتبوع في الفقه تبريرات متعددة منها الخطأ المفترض كما ذكرنا وكذلك تحمل التبعية علي أساس أن المتبوع ينتفع بنشاط تابعه، فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط، أو الغرم بالغنم وأسس بعض الفقه مسئولية المتبوع علي نظرية الضمان من واقع أن المتبوع يكفل التابع فيما يرتكبه من أخطاء تصيب الغير بأضرار من منطلق أن له حق الرقابة والتوجيه، وإلي غير ذلك من الأسس التي حاول بها الفقه أن يؤسس قيام مسئولية المتبوع عن أفعال تابعه غير المشروعة.

ونري أن هذه المسئولية هي مسئولية عن فعل الغير تقوم علي أساس أن هذا الغير يرتكب خطأ يحدث ضرراً يصيب شخصاً آخر يتحمل المتبوع التعويض عنه من واقع علاقة التبعية التي تربطه بالتابع.

ولا يستطيع المتبوع التنصل من هذه المسئولية بنفي الخطأ من جانبه بأن يثبت أنه لم يقصر في حسن اختيار تابعه ولم يهمل في رقابته وتوجيهه، كما لا يمكنه نفي علاقة السببية بين تقصيره والضرر الذي وقع.

ويثبت الحق للمضرور من خطأ التابع في الخيار بين مطالبة التابع أو المتبوع بالتعويض اللازم، كما يمكنه رفع الدعوى علي أحدهما وإدخال الآخر فيها، وإذا اختار رفع الدعوى علي المتبوع لا يمكن للأخير دفعها بحجة ضرورة رفعها أولاً علي التابع وإنما يلزم الاستمرار في الدعوى ودفع التعويض اللازم ثم يكون له الرجوع - بعد ذلك - علي التابع ليسترد منه ما دفعه للغير من تعويض وفقاً لحكم المادة (١٧٥ مدني) التي تنص علي أن "للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولاً عن تعويض الضرر".

بمعني أن الضرر إذا كان قد تسبب فيه فقط خطأ التابع، فإن من حق المتبوع الرجوع عليه بكل ما أداه إلي الغير المضرور، أما إذا كان هناك اشتراك في الخطأ من كل من التابع والمتبوع، تحمل كل منهما نسبة من التعويض تعادل مقدار مساهمة خطئه في إحداث الضرر.

المبحث الثاني

المسئولية عن فعل الأشياء

جمع المشرع في تنظيمه للمسئولية عن فعل الأشياء بين حراسة الحيوان وحراسة الأشياء وذلك في المواد من (١٧٦ إلي ١٨٧ مدني).

المطلب الأول

المسئولية عن حراسة الحيوان

والأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة

نصت المادة (١٧٦ مدني) علي أن "حارس الحيوان، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ولو ضل الحيوان أو تسرب، ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه".

كما تنص المادة (١٧٨ مدني) علي أن "كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية، يكون مسئولاً عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب لا يد له فيه، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام

خاصة".

وإذا كنا قد جمعنا بين حراسة الحيوان وحراسة الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة، فذلك لأن أحكامهما واحدة والأثر المترتب علي قيامهما واحد وكذلك كيفية دفع كل منهما. ومن المادتين السابقتين يمكن استخلاص شروط قيام المسئولية في هذا المجال وكذلك أساسها وكيفية دفعها.

الفرع الأول

شروط المسئولية

هناك ثلاثة شروط يتعين توافرها لقيام المسئولية وهي :

١-أن يحدث الشيء أو الحيوان الضرر المراد تعويضه :

بمعني أن يتسبب الحيوان أياً كان نوعه في إحداث الضرر، يستوي في ذلك أن يكون حيواناً أليفاً بطبعه كالقطط والكلاب أو يكون متوحشاً كالسباع والنمور والفيلة. ولا يشترط أن يكون الشخص مالكاً للحيوان حتى تقوم مسئوليته عما يحدثه من أضرار، وإنما يكفي أن يكون حارساً للحيوان، والحراسة تعني السيطرة الفعلية علي الحيوان؛ بحيث يملك زمامه وتكون له القدرة علي قيادته وتوجيهه. أو يتدخل الشيء في

إحداث الضرر، والشرط الوحيد المطلوب في هذا الشيء أن يتطلب حراسته عناية خاصة كأن يكون الشيء من طبيعة خاصة تميزه عن غيره من الأشياء كالمفرقعات والمواد الكيماوية وقاطرات السكك الحديدية والسيارات وأسلاك الكهرباء.

٢-أن يكون الحيوان أو الشيء في حراسة الشخص المسئول :

ويقصد بالحراسة السيطرة الفعلية أو المادية علي الحيوان أو الشيء حتى ولو لم تكن سيطرة قانونية، فمن يتولي قيادة حيوان أو حراسة شيء وهو له غاصب يسأل عما يحدثه من أضرار، وتتوافر السيطرة الفعلية للشخص حتى ولو لم يكن مالكاً له، فالمستأجر للشيء أو للحيوان والمودع لديه والمستعير كل هؤلاء يسألون عن الضرر علي الرغم من كونهم غير ملاك للحيوان أو الشيء، وهو ما عبرت عنه المادة (١٧٦) فيما يتعلق بالحيوان بقولها "... ولو لم يكن مالكاً له...".

وتأخذ الحراسة معني ضيقاً بالنسبة للحيوان ويقصد بها كل من بيده زمام الحيوان، ويمارس عليه – بالتالي – الرقابة والتوجيه ويكون هو المتصرف في أمره سواء كان مالكاً له أم ليس كذلك.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بالقول أن "حارس الحيوان بالمعني المقصود في المادة (١٧٦ مدني) هو من تكون له السيطرة الفعلية عليه ويملك التصرف في أمره ولا تنتقل الحراسة من مالك

الحيوان إلي التابع المنوط به تدريبه وترويضه، ذلك أنه وإن كان للتابع السيطرة المادية علي الحيوان وقت تدريبه إلا أنه إذ يعمل لحساب متبوعه ولمصلحته ويتلقي تعليماته في كل ما يتعلق بهذا الحيوان، فإنه يكون خاضعاً للمتبوع مما تظل معه الحراسة لهذا الأخير، إذ أن العبرة في قيام الحراسة الموجبة للمسئولية علي أساس الخطأ المفترض هي بسيطرة الشخص علي الحيوان سيطرة فعلية لحساب نفسه"(١).

وعلي ذلك، فإذا كان السائس والخادم والسائق لا يعد حارساً بالمعني السابق، فإن كلاً من الطبيب البيطري وصاحب الاصطبل والمستأجر والمستعير، يتوافر بالنسبة لهم معني الحراسة (السيطرة الفعلية) علي الحيوان وتقوم مسئوليتهم عن الأضرار التي يحدثها الحيوان للغير.

وما قيل من قبل عن الحيوان ينطبق علي الشيء الذي يتطلب عناية خاصة، فإن المسئول عن هذا الشيء هو من تتوافر بالنسبة له السيطرة الفعلية عليه، بحيث يكون هو المتحكم فيه ويملك توجيهه ورقابته. والحراسة بهذا الشكل قد تثبت لمالك الشيء وقد تنتقل إلي شخص آخر ليصبح مسئولاً عنه حتى ولو كانت الحراسة غير قانونية كما لو كان غاصباً له.

وعلي ذلك، فإن المنتفع بالشيء والمستأجر له والمودع لديه

---

(١) نقض مدني ٢ مارس ١٩٦٧، مج أحكام النقض س١٨، رقم ٨٢، ص٥٢١.

ومستعيره، كل هؤلاء يتوافر بالنسبة لهم الحراسة التي تؤدي إلي قيام المسئولية المفترضة إذ أن لهم السيطرة الفعلية علي الشيء وهذه السيطرة تتم لحسابهم وليست لحساب الغير.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الحراسة الموجبة للمسئولية طبقاً لنص المادة (١٧٨ مدني) إنما تتحقق بسيطرة الشخص علي الشيء سيطرة فعلية في الاستعمال والتوجيه والرقابة لحساب نفسه[١].

٣-أن يحدث الحيوان أو الشيء ضرراً بالغير :

فلا مسئولية علي الحارس إلا إذا تدخل الحيوان أو الشيء بإحداث ضرر بالغير، بمعني أن يكون هناك ضرر وأن ينتج الضرر من الحيوان أو الشيء، كما لو أصاب حصان أحد المارة، أو نزلت الماشية زراعة الجار فأتلفتها أو صدمت سيارة أحد المارة فأحدثت له إصابات.

ويلاحظ أن الضرر قد يقع بفعل الحيوان أو الشيء إلا أنه لا ينسب إلي أي منهما ولا يعزي الخطأ إلي الحيوان أو الشيء، وإنما ينسب الضرر، وبالتالي الخطأ إلي من تدخل بفعله متعمداً إحداث الضرر مستخدماً في ذلك الحيوان أو الشيء، فهنا تكون المسئولية هي مسئولية عادية عن الفعل الشخصي وليست المسئولية المفترضة عن حراسة الحيوان أو الشيء.

---

[١] نقض مدني في ١٢ إبريل ١٩٧٩، في الطعن رقم ١٠٧٢، لسنة ٤٥ق.

فهذه الأخيرة لا تتحقق إلا إذا تدخل الحيوان أو الشيء في إحداث الضرر بدون إرادة من جانب الحارس وإنما وقع الضرر بإهمال منه في الرقابة أو التوجيه أو القيادة.

ويشترط في الضرر الذي يؤدي إلي قيام المسئولية عن الحراسة أن يصيب الغير حتى ولو كان تابعاً للحارس كالسايس الذي يصاب بفعل الحصان والعامل الذي يصاب من الآلة التي يقوم بإدارتها، فإن لهما الحق في الرجوع علي الحارس وفقاً لقواعد المسئولية عن الحراسة.

ومن المهم في الضرر أن يتدخل الحيوان أو الشيء في إحداثه بشكل إيجابي ولا يكفي في ذلك الموقف السلبي، فالشخص الذي يصطدم بالحيوان وهو ساكن أو من اصطدم بآلة ميكانيكية ثابتة في مكانها الطبيعي، ويصاب بجروح، لا يمكن القول هنا بأن الضرر الذي وقع كان من فعل الحيوان أو الشيء ولا يسأل – بالتالي – الحارس عن هذه الأضرار.

الفرع الثاني

أثر توافر الشروط السابقة

يترتب علي توافر الشروط السابق ذكرها قيام مسئولية الحارس المفترضة عن الأضرار التي أضرت بالغير نتيجة فعل الحيوان أو الشيء، ولا يكلف المضرور بإثبات خطأ الحارس في الإهمال أو الرقابة وإنما يفترض ذلك بمجرد حدوث الضرر بفعل الحيوان أو الشيء وذلك لأن المسئولية هنا تقوم علي الخطأ المفترض في الحراسة وليس مطلوباً من المضرور إثباته وإنما يكتفي منه فقط بحدوث الضرر بفعل الحيوان أو الشيء وبوجود الحراسة، وافتراض الخطأ هنا يقوم بقرينة لا تقبل إثبات العكس، إذ لا يجوز للحارس نفي الخطأ عن نفسه بأن يثبت عدم ارتكابه لأي خطأ أو أنه قام بما يجب عليه من العناية.

الطريق الوحيد أمام الحارس للتخلص من المسئولية هو نفي علاقة السببية بين الضرر وفعل الشيء أو الحيوان، كأن يثبت أن الضرر قد وقع بسبب أجنبي لا يد له فيه، كأن يثبت الحارس أن المضرور الذي تعرض لعضة الكلب هو الذي تعمد إثارته حتى قام بمهاجمته؛ فمن يلعب في فرامل سيارة متوقفة مما يدفعها إلي الانزلاق في مكان منحدر فيصاب يعد متسبباً في إلحاق الضرر بنفسه ولا يسأل هنا حارس السيارة.

وقد قضت محكمة النقض بأن "مسئولية الحارس علي الشيء المنصوص عليها في المادة (١٧٨ مدني) لا ترتفع إلا إذا أثبت الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه بأن يكون الفعل خارجاً عن الشيء فلا يكون متصلاً بداخليته أو تكوينه، فإذا كان الضرر راجعاً إلي عيب في الشيء، فإنه لا يعتبر ناشئاً عن سبب أجنبي ولو كان هذا العيب خطئاً"[١].

المطلب الثاني

مسئولية حارس البناء

نصت علي هذه المسئولية المادة (١٧٧ مدني) بقولها "١- حارس البناء، ولو لم يكن مالكاً له، مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع إلي إهمال في الصيانة أو قدم في البناء أو عيب فيه. ٢- ويجوز لمن كان مهدداً بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية لدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك جاز الحصول علي إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير علي حسابه".

---

[١] نقض مد. في ٢٥/٤/١٩٧٨، طعن رقم ١٤٩ لسنة ٤٤ق.

يتضح من هذه المادة وجود شرطين أساسيين لقيام مسئولية حارس البناء نعرضهما فيما يلي ثم نبين الأثر المترتب علي توافر المسئولية وأساسها.

الفرع الأول

شروط المسئولية

يتعين وجود شرطين لقيام المسئولية وهما :

الشرط الأول : وجود بناء في حراسة شخص :

ويقصد بالبناء كل شيء ثابت في حيزه ومتصل بالأرض اتصال قرار، بحيث لا يمكن نقله من مكانه بدون تلف وينطبق ذلك علي مساكن أياً كانت المادة التي أقيمت بها، سواء كانت أحجاراً أم أخشاباً أم حديداً أو خليطاً من كل هذا أو من بعضه. كما ينطبق ذلك علي المخازن والجسور والخزانات والأعمدة والتماثيل والسدود وغير ذلك من العقارات أو الأشياء الثابتة. ويستوي أن يكون البناء فوق سطح الأرض أم تحتها كالأنفاق والمجاري.

وينبغي أن يكون البناء في حراسة شخص، ويقصد بها السيطرة الفعلية المادية علي البناء حتى ولو كان هذا الشخص غير مالك، كما لو

كان صاحب حق انتفاع أم دائناً مرتهناً رهناً حيازياً للبناء، وإذا انتقلت حيازة البناء إلي المشتري بعد أن قام البائع بتسلمه إياه تسليماً فعلياً أو قانونياً، فإن المشتري يصبح حارساً للبناء حتى ولو لم تنتقل إليه الملكية بعد. بينما المستأجر للبناء لا يعد حارساً له بل يظل المؤجر هو الحارس إذ له السيطرة الفعلية علي البناء وتتوافر الحراسة حتى ولو كانت السيطرة المادية غير قانونية، كما لو قامت علي الغصب.

الشرط الثاني : أن يتدخل البناء بشكل إيجابي في إحداث الضرر :

بأن يتهدم بشكل كلي أو جزئي، ويؤدي هذا التهدم إلي إصابة المضرور بأضرار أياً كان حجمها أو مقدارها. فمن المتعين أن يحدث الضرر بفعل البناء المتمثل في سقوطه كلياً أو سقوط بعض أجزائه، كانهدام حائط أو انهيار سقف أو سلم، أما إذا حدث الضرر بدون تدخل إيجابي من البناء فلا مسئولية تقع علي الحارس هنا، فإذا اصطدم أحد المارة بإحدى حوائط البناء، وإذا انزلقت قدما أحد الأشخاص من علي سلم البناء، وإذا امتد الحريق الذي نشب في إحدى المباني إلي مبني مجاور، في كل ما تقدم لا تتوافر شروط مسئولية حارس البناء. وأشارت المادة (١٧٧) إلي الأسباب التي يكون فيها حارس البناء مسئولاً عن التهدم الكلي أو الجزئي له وحصرها في ثلاثة وهي الإهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه، فإذا كان التهدم راجعاً إلي سبب آخر غير هذه الأسباب لم تقم مسئولية حارس البناء.

الفرع الثاني

كيفية دفع المسئولية

يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلي أن مسئولية حارس البنـــاء تقـــوم علي الخطأ المفترض في جانب الحارس، بحيث إذا تدخل فـــي إحـــداث الضرر افترض خطأ الحارس في القيام بالصيانة أو في البحث والكشف عن العيوب أو إجراء الترميمات اللازمة لمواجهة قدم البناء. ولا يكلـــف المضرور بإثبات ما تقدم وإنما تثبت مسئولية الحـــارس بمجـــرد وقـــوع الضرر، وإذا أراد الأخير التخلص من المسئولية فإن عليه إقامة الـــدليل علي أن التهدم الكلي أو الجزئي للبناء راجع إلي سبب آخر غير الأسباب الثلاثة المذكورة في المادة، كأن يثبت أن التهدم كان نتيجة أعمال يقـــوم بها المستأجر، كما لو كان يثبت أريال تليفزيون فهدم جزء مـــن الســـور فسقط علي أحد المارة فأصابه أو علي سيارة فأتلفها، أو يثبت أن التهـــدم يرجع إلي حدوث زلزال أو كارثة طبيعية أخرى.

ولكن لا يستطيع الحارس أن ينفي المسئولية عنه بإثبات أنه لم يهمل في الصيانة أو متابعة المبني أو في إصلاح العيوب به.

وقد أعطت المادة السابقة لمن كان مهدداً من تهدم البناء وسيلة وقائية بمؤداها يطالب المالك باتخاذ ما يلزم مـــن التـــدابير الضـــرورية لـــدرء الخطر، فإن لم يقم المالك بذلك، فإن لكل من يخش الضرر بسبب البنـــاء أن يحصل علي إذن من القضاء المستعجل في اتخاذ هذه التدابير علـــي حساب الحارس.

الباب الثانى

الفعـــل النــــافـــع

نظم المشرع الفعل النافع كمصدر للالتزام في الفصل الرابـــع مـــن الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول في المواد من (١٧٩ إلـــي ١٩٧) من القانون المدني وذلك من خلال عرض الأحكام العامة للإثراء بلا سبب ثم طرح لتطبيقين من تطبيقاته.

الفصل الأول

الأحكام العامة للالتزام برد الإثراء

نصت المادة (١٧٩) علي أن "كل شخص، ولو غير مميـــز، يثـــري دون سبب مشروع علي حساب آخر، يلتزم في حـــدود مـــا أثـــري بـــه بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقي هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد" من هذه المادة يتضح أن هنــــاك شـــروطاً يتعـــين توافرها لقيام هذا الالتزام وآثاراً تترتب علي هذه الشروط.

المبحث الأول

شروط الإثراء

١- الإثراء

ويقصد به ما يحققه المدين بالالتزام من نفع أو فائدة من وراء ما قام به شخص آخر. ويتحقق الإثراء من زاويتين، تتعلق الأولي بالمكسب أو الفائدة التي تعود علي المدين بسبب تصرف أو فعل صادر عن آخر، كأن يسلم شخص منزلاً مملوكاً لآخر دون مقابل مع انتفاء الاتفاق بينهما، أو أن يكتسب شخص منزلاً أقامه علي أرض جاره بالالتصاق، أو أن يستهلك كهرباء من عداد جاره، في كل ما تقدم، تحدث زيادة في الجانب الإيجابي لذمة المشتري.

أما الزاوية الثانية، فيتحقق فيها الإثراء بشكل سلبي ويتمثل في تفادي المدين خسارة كانت ستلحق حتماً لولا فعل الدائن،، كأن يتلف شخص متاعاً له لإطفاء حريق شب في منزل جاره أو أن يفي شخص بدين علي آخر، فهنا يثري الموفي عنه، بما ينقص من ديونه وكالربان الذي يلقي بعض حمولة السفينة في البحر لينقذها من الغرق وينقذ بقية حمولتها، فقد تحقق إثراء هنا لمالك السفينة وملاك بقية البضائع المشحونة.

ويمكن أن يتحقق الإثراء بصورة أدبية، تظهر في شكل خدمة يمكن ترجمة قيمتها نقوداً، من ذلك الاستفادة التي يحققها المريض من وراء

علاج أعطي له والعميل من وراء قيام محام بالدفاع عنه دون اتفاق أو مقابل.

٢- الافتقار :

إذا كان الإثراء يمثل نفعاً قد حصل عليه المشتري، فإن هناك افتقاراً قد حصل بالنسبة للشخص الذي قام بالعمل. وبدون هذا الافتقار لا يمكن أن ينشأ الالتزام بالرد علي المدين حتى ولو تحقق الإثراء، فلو أقام شخص حواجز تحمي أرضه من السيول التي تحدثها الأمطار، فانتفع من هذه الحواجز أصحاب الأراضي المجاورة، فلا يحق له أن يطالبهم علي أساس الإثراء لأنه لم يفتقر لمصلحتهم بشيء[١].

ولا يتحقق الافتقار إلا بشكل إيجابي يظهر في نقص الجانب الإيجابي من ذمة المفتقر، كأن يؤدي عن المدين ديناً، أو يقدم إليه خدمات دون أن يحصل علي مقابل لها.

٣- وجود علاقة سببية بين الإثراء والافتقار :

وجود مثل هذه العلاقة يعد المبرر لقيام الالتزام بالرد، ويستوي فيها أن تكون مباشرة وفيها تنتقل قيمة الافتقار مباشرة إلي ذمة المثري وتنقص من ذمة المفتقر، أو غير مباشرة، وفيها تمر قيمة الافتقار من ذمة المدين إلي ذمة شخص من الغير ثم تنتقل في مرحلة ثالثة إلي ذمة

---

(١) جميل ا[illegible]قاوي : المرجع السابق، ص٥٨٦.

المثري، مثال ذلك، أن يقدم تاجر حبوب كمية من البذور للمزارع الذي يزرع الأرض، وتصب قيمة الإثراء في ذمة مالك الأرض[١].

ويصعب في بعض الأحوال استظهار علاقة السببية غير المباشرة، كأن تتعلق بتصرف قانوني، مثال ذلك، صلة إثراء مالك السيارة بافتقار الميكانيكي المتمثل في عدم حصوله علي مقابل الإصلاح أو ثمن قطع الغيار المبدلة، فالإثراء هنا تم بطريق غير مباشر عن طريق التصرف القانوني المبرم بين حائز السيارة والميكانيكي.

٤-انعدام السبب القانوني للإثراء :

ويجب أن يتحقق هذا الانعدام في جانب من تحقق له الإثراء، ويستوي بعد ذلك أن ينعدم السبب بالنسبة للمفتقر أو يقوم. ويقع عبء إثبات انعدام السبب القانوني علي من يدعي ذلك وهو عادة المدعي في دعوى المطالبة بالاسترداد ويمكنه إقامة الدليل علي ذلك بطرق الإثبات كافة علي أساس أن الافتقار والإثراء واقعتان ماديتان، وقد قضت في ذلك محكمة النقض بالقول "ولما كان الإثراء والافتقار من الوقائع المادية، فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات، ومنها البينة والقرائن، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضي برفض الدعوي علي سند من أنها تقوم علي عقد مقاولة تزيد قيمته علي عشرة جنيهات دون أن

---

(١) د/ حمدي عبد الرحمن : المرجع السابق، ص٦٥٣.

يثبت بالكتابة، ورفض علي هذا الأساس إجابة الطاعن - المقاول - إلي طلب الإحالة إلي التحقيق لإثبات أنه هو الذي أقام المباني، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون[١].

وترفض دعوى المطالبة في الحالات التي يستطيع فيها المدعي عليه إقامة الدليل علي توافر السبب القانوني الذي قد يكون تصرفاً قانونياً ترتب عليه إثراء للشخص، ويضرب الفقه مثالاً لذلك بالاتفاق الذي تبرمه شركة التأمين مع المؤمن له علي منزله ضد الحريق وبمؤداه تقوم الشركة - في حالة الحريق - إما بدفع مبلغ من النقود كتعويض أو ببناء المنزل مرة أخرى، وذلك وفقاً لما يختاره المؤمن له، فإذا اختار الأخير بناء المنزل وترتب علي ذلك أن قيمة المنزل الجديد تزيد عن قيمة القديم، فهنا لا تستطيع الشركة الرجوع علي المؤمن بالفرق بين القيمتين علي أساس الإثراء، لأن هذا الفرق تحقق بسبب عقد التأمين[٢].

وقد يكون السبب هو الفعل الضار، مثل قيام شخص بإصلاح سيارة شخص آخر كان قد تسبب بخطئه في إتلافها، فإذا زادت قيمة السيارة بعد الإصلاح، فلا يحق لمن قام بالإصلاح مطالبة مالكها بالفرق، لأن الإثراء الذي تحقق هنا كان بسبب قانوني يتمثل في الفعل الضار.

وقد يستند الإثراء إلي نص قانوني مثل حالات تقادم الالتزام التي

---

[١] نقض مدني في ١٥ مارس ١٩٧٦، مج أحكام النقض س٢٧، ص٦٦٢.

[٢] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٥٨٨.

تسمح للمدين بأن يمتنع عن الوفاء بالدين، فيتحقق إثراء هنـا فـي ذمـة المدين يرجع إلي النص القانوني المتعلق بالتقادم.

المبحث الثاني

الأثر المترتب علي توافر الشروط السابقة

إذا توافرت الشروط السابقة التزم المثري بأن يرد إلي المفتقر أقـل القيمتين، قيمة الإثراء وقيمة الافتقار، بمعني أن المدين يلتـزم بـرد مـا أثري به علي حساب الغير إلا إذا كانت قيمة ما افتقر به المفتقر أقل من الإثراء الذي تحقق، فإن المدين يلتزم برد قيمة الافتقار فقط.

ويلتزم المثري بتنفيذ التزامه برد المستحق، حتى ولو كان ما تحقـق في ذمة المثـري من إثراء قد زال عند رفع الدعوى من قبـل المفتقـر للمطالبة برده (م١٧٩ مدني).

ويتحدد مقدار التزام المثري وقت حدوث الإثراء، أي عنـد تحقـق الواقعة الإيجابية أو السلبية التي رتبت الإثراء، فعندئذ يتم حسـاب قيمـة كل من الإثراء أو الافتقار، فإذا كانت قيمة الإثراء تقل عن قيمة الافتقار، فإن المثري يلتزم برد قيمة الإثراء، أما إذا كانت قيمة الافتقار أقل مـن قيمة الإثراء، فإن الالتزام هنا ينصب علي قيمة الافتقار فقط. ويشـترط فيما تقدم أن يتحقق الإثراء بشكل قاطع وثابت ومستقر، أما إذا كان هناك

شك حول ثبوته، فإن أمر التقدير يؤجل حتى يستقر الإثراء. ويتم التقدير بشكل موضوعي بصرف النظر عن الموقف الشخصي لكل من المثـري والمفتقر، فإذا تمثل الإثراء في مبلغ من النقود تلقاه المثري، فإن الإثـراء يقدر بهذا المبلغ بصرف النظر عن استفادة المثـري منـه. والاسـتثناء الوحيد الذي يرد علي المعيار الموضوعي، يتعلق بكون المثري قاصراً، إذ يتم تقدير إثرائه علي أساس استفادته الفعلية مما وضع بين يديه مـن ثروة[١].

وقد قضت محكمة النقض أن "الحكم بفسخ عقد المقاولة ينبني عليـه انحلاله واعتباره كأن لم يكن، ولا يكون رجوع المقاول - الـذي أخـل بالتزامه، بقيمة ما استحدثه من أعمال إلا استناداً إلي مبدأ الإثـراء بـلا سبب لا إلي العقد الذي فسخ، وأصبح لا يصلح أساساً لتقدير هذه القيمة، ولما كان مقتضي مبدأ الإثراء وفقاً للمادة (١٧٩ مدني) أن يلتزم المثري بتعويض الدائن عما افتقر به، ولكن بقدر ما أثري أي أنه يلتزم برد أقـل قيمة الإثراء أو الافتقار"[٢].

دعوى المطالبة برد الإثراء :

تتناول المادة (١٨٠ مدني) هذه الـدعوى بـالقول "تسـقط دعـوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم

---

[١] د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق، ص٥٩٢.

[٢] نقض مد[illegible] في ١٩٨٠/٣/١٧، مج أحكام النقض س٢١، ص٤٥٠.

فيه من لحقته الخسارة بحقه في التعويض وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

ويلاحظ علي مدد هذه الدعوى، أن المشرع اتبع المنهج نفسه الذي اتبعه عند تحديد مدد تقادم دعوى التعويض في مجال المسئولية التقصيرية، فهناك مدتان إحداهما ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العلم بواقعة الإثراء وبالحق في التعويض، ثانيتهما مدتها خمس عشرة سنة تبدأ في كل الأحوال من اليوم الذي نشأ فيه الحق في التعويض.

الفصل الثاني

تطبيقات علي الإثراء بلا سبب

تناول المشرع في القانون المدني تطبيقين علي الإثراء، يتعلق الأول برد غير المستحق ويخص الثاني الفضالة.

المبحث الأول

رد غير المستحق

نظم المشرع هذا الموضوع في المواد من (١٨١ إلـى ١٨٧) مـن القانون المدني متناولاً شروط قيام هذا الالتزام ثم الإثراء المترتب علـي توافر هذه الشروط.

المطلب الأول

شروط قيام الالتزام بالرد

نصت المادة (١٨١ مدني) علي أن "١- كل من تسلم علـي سـبيل الوفاء ما ليس مستحقاً وجب عليه رده ٢- علي أنه لا محل للرد إذا كان من قام بالوفاء يعلم أنه غير ملزم بما دفعه، إلا أن يكون ناقص الأهليـة،

أو يكون قد اكره علي هذا الوفاء".

وتنص المادة (١٨٢) علي أن "يصح استرداد غير المستحق، إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق".

كما تنص المادة (١٨٣) علي أن "يصح كذلك استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يحل أجله، وكان الموفي جاهلاً قيام الأجل".

الشرط الأول : الوفاء من جانب أحد الأشخاص :

بأن يقوم شخص بالوفاء بدين لم يكن مترتباً في ذمته ولم يكن – بالتالي – ملزماً بالوفاء، ولا يتحقق هذا الشرط إلا إذا قام الشخص بالوفاء فعلاً ولا يكفي معه إبداء الاستعداد للوفاء أو الوفاء الجزئي أو غير المكتمل. ولا ينظر إلي شكل الوفاء أو كيفيته، فقد يكون عينياً أو بما يقوم مقام التنفيذ العيني.

الشرط الثاني : الوفاء بدين غير مستحق :

ويتعين أن يتم الوفاء بدين غير مستحق في ذمة الموفي، أياً كان سبب عدم الاستحقاق فقد يرجع السبب إلي عدم وجود الدين في الأصل، كأن يوفي شخص ديناً إلي آخر ظناً منه بأنه مدين له أو أن شخصاً آخر مدين بهذا الدين. وقد يكمن السبب في أن الوفاء قد تم لدين أصله عقد باطل.

ولكن يشترط فيما تقدم جهل الموفي بأنه غير ملتزم بالوفاء أو وقوعه في غلط بشأن هذا الالتزام، أما إذا وفي بدين هو يعلم بأنه غير ملتزم به، فلا يحق له بعد ذلك المطالبة بالرد وفقاً للمادة (٢/١٨١) إذ يفهم من هذا الوفاء بأن المدين قد قصد التبرع به ويقع عبء إثبات العلم علي عـاتق الموفي له، وإذا ثبت ذلك انتفي الالتزام بالرد إلا في حالة إثبات المـوفي أنه علي الرغم من علمه بعدم وجود الالتزام إلا أنه أكره علي ذلك، لأن الإكراه يتنافي مع نية التبرع، فإذا فقد شخص سند الوفاء السابق بالـدين، وطالبه الدائن بالوفاء – بعد علمه بواقعة الفقد – ثم يضطر المدين إلـي الوفاء مرة ثانية ثم يعثر بعد ذلك علي سند الوفاء الأول، يصبح من حقه المطالبة برد الوفاء الثاني.

وإذا كان الموفي ناقص الأهلية (لأي سبب من الأسـباب) ولا يعلـم بعدم التزامه، فإن ذلك لا يعفي المتلقي للوفاء من التزامه بـالرد، وذلـك لعدم إمكانية افتراض نية التبرع في هذه الحالة، حيث لا يحـق لنـاقص الأهلية التبرع إلا بشروط معينة، وقد قررت ذلك الفقرة الثانية من المادة (١٨١) بقولها "... إلا أن يكون ناقص الأهلية..." فقد اسـتثنت نـاقص الأهلية من عدم إمكانية المطالبة بالرد في حالة العلم.

وقد يعود عدم الاستحقاق إلي أن سبب الالتزام لم يتحقق بعد أو أنـه زال بعد تحققه، فإذا كان هناك أمل في استحقاق دين ولـم يتحقـق هـذا الأمل بعد، فإن الوفاء به في هذه الحالة يعد وفاء بـدين غيـر مسـتحق

ويتيح الفرصة للمطالبة بالرد، وذلك كالدين المعلق علي شرط واقف، إذ يظل الدين غير موجود ولا مستحق حتى يتحقق الشرط، فإذا تم الوفاء به قبل ذلك أو بعد تخلف الشرط، يكون أداءً لدين غير مستحق. الأمر نفسه، يتحقق في حالة وجود التزام زال بعد تحققه، وذلك كالدين المعلق علـــي شرط فاسخ، إذا أداه المدين بعد تحقق الشرط إذ يزول الدين بهذا التحقق بأثر رجعي من وقت نشوئه. وبذلك يكون الوفاء به وفاء لدين زال بعـد تحققه، وأيضاً كالدين الذي انقضي بالمقاصة أو الإبراء.

وإذا تم الوفاء بدين لم يحل أجله بعد، فإن من حق المـدين المـوفي المطالبة بالاسترداد بشرط أن يكون جاهلاً قيام الأجل لمصـلحته، فـإذا استطاع الموفي له أن يثبت علم الموفي الأجل لحظة الوفاء فلا مجال هنا للمطالبة بالرد اللهم إلا إذا كان الموفي قاصراً أو مكرهاً علـي الوفـاء، وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨٢) علي أن "يجـوز للدائن أن يقتصر علي رد ما استفاده بسبب الوفاء المعجل في حدود مـا لحق المدين من ضرر، فإذا كان الالتزام الذي لم يحل أجله نقوداً التـزم الدائن أن يرد للمدين فائدتها بسعرها القانوني أو الاتفاقي عن المدة الباقية لحلول الأجل".

فوفقاً لهذه الفقرة ينحصر الالتزام بالرد من جانب الدائن علـي قيـام الأخير برد الفرق بين الوفاء المعجل والوفاء عند حلول الأجـل، بحيـث يلتزم الدائن برد ما استفاده من الوفاء المعجل في حدود ما لحق المـدين

من ضرر، أي أن الدائن لا يطالب بالرد في حالتي عدم استفادته من هذا الوفاء، أو عدم ثبوت إصابة المدين بضرر من الوفاء حتى ولو كانت هناك فائدة عادت علي الدائن من الوفاء. وإذا كان محل الوفاء نقوداً، تحددت الفائدة التي تعود علي الدائن من الوفاء في حدود الفائدة القانونية (وهي ٤% للمعاملات المدنية، ٥% للتجارية) أو الاتفاقية وحدها الأقصى ٧% وفقاً للمادة (٢٦٦) مدني وما بعدها.

المطلب الثاني

أحكام رد غير المستحق

نصت المادة (١٨٥) علي أن "إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية، فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم" ومن قبل نصت المادة (١٨٤) علي أن "لا محل لاسترداد غير المستحق إذا حصل الوفاء من غير المدين، وترتب عليه أن الدائن – وهو حسن النية – قد تجرد من سند الدين أو مما حصل عليه من التأمينات، أو ترك دعواه قبل المدين الحقيقي، تسقط بالتقادم، ويلتزم المدين الحقيقي في هذه الحالة بتعويض الغير الذي قام بالوفاء".

يبين مما تقدم أن حسن أو سوء نية المتلقي له دور واضح في تحديد أحكام الرد ولذلك تستحسن التفرقة بين حالة حسن نية المتلقي عن حالة سوء نية.

الحالة الأولي : حسن نية المتلقي :

ويكون المتلقي حسن النية إذا تلقي الالتزام وهو يجهل أنه غير مستحق، الأصل في الإنسان حسن النية، ولذلك يفترض في كل من يتلقي أداء عدم علمه بأنه لا يستحق هذا الأداء، وعلي من يدعي العكس إقامة الدليل، بأن يثبت أن الموفي له كان عالماً بعدم أحقيته لما تم الوفاء به لحظة الأداء، ولا يلتزم الموفي حسن النية إلا برد ما تلقي أو تسلم فقط بصرف النظر عن الزيادة التي طرأت علي الوفاء فإن كان محل الوفاء نقوداً، التزم الموفي له برد المبلغ الذي تلقاه بدون فوائد طيلة فترة حسن نيته، وإذا كان محل الرد شيئاً آخر غير النقود، التزم برده في ذاته دون الثمار التي يكون قد قبضها أثناء وجوده تحت يده، ويحق له مطالبة الموفي بالمصروفات التي أنفقها لحفظ الشيء وصيانته، مادامت هذه المصروفات ضرورية ولازمة لبقاء الشيء كما هو، أما المصروفات الكمالية أو التحسينية فليس له حق في المطالبة بها إذا طلب الموفي إزالتها أو نزعها، أما إذا فضل الإبقاء عليها، فإن الموفي يلتزم بدفع أقل القيمتين (قيمة المصروفات أو قيمة ما زاد في الشيء بسبب إنفاقها).

وإذا هلك الشيء محل الوفاء تحت يد المتلقي فإن الأخير يلتزم برد قيمته اللهم إلا إذا كان الهلاك راجعاً إلي قوة قاهرة فلا يلزم بالرد. وإذا كان الموفي شخصاً آخر غير المدين، فإن الدائن لا يلتزم بالرد إذ لا محل لاسترداد غير المستحق في مواجهته وبخاصة إذا كان قد تجرد من

سند الدين، أو فقد التأمينات أو ترك دعواه في مواجهة المدين الحقيقي تسقط بالتقادم، ولا يبقي أمام الغير الموفي هنا سوي مطالبة المدين الحقيقي بالتعويض الذي قام به طبقاً للمادة (١٨٤).

الحالة الثانية : سوء نية المتلقي :

وبتوافر سوء النية في الوضع الذي ينجح فيه الموفي في إقامة الدليل علي أن المتلقي كان يعلم بعدم وجود حق له فيما تسلمه ومع ذلك تلقاه، فهنا يلتزم برد ما تلقاه وما طرأ عليه من زيادة، فإذا كان محل الوفاء نقوداً رد المبلغ وفوائده القانونية، وإذا كان المحل شيئاً معيناً التزم برده وما يكون قد حصل عليه من ثمار - أو ما قصر في جنيها والمصروفات الضرورية التي أنفقها لحفظ الشيء وصيانته، أما المصروفات النافعة، فإن للمسترد الخيار بين المطالبة بإزالتها أو أن يأخذ أقل القيمتين، قيمة الإضافة مستحقة الإزالة، أو قيمة ما زاد في الشيء بسببها.

دعوى المطالبة بالرد :

نصت المادة (١٨٧ مدني) علي أن "تسقط دعوى استرداد ما دفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه في الاسترداد، وتسقط الدعوى كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق". وهي المدد نفسها التي حددها المشرع لدعوى الإثراء بلا سبب.

المبحث الثاني

الفضالة

عرف المشرع الفضالة في المادة (١٨٨ مدني) بالقول "الفضالة هي أن يتولي شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزماً بذلك". فالمقصود بالفضالة، قيام شـخص بتصـرف أو بعمل لمصلحة الآخر يكون ضرورياً له ويترتب علي ذلك فائدة أو نفـع يعود علي رب العمل دون أن يكون من قام بالعمل ملزماً بذلك لا اتفاقـاً ولا قانوناً.

كما نصت المادة (١٨٩ مدني) علي أن "تتحقق الفضالة ولـو كـان الفضولي في أثناء توليه شأناً لنفسه، قد تولي شأن غيره، لما بين الشأنين من الارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر".

ونصت المادة (١٩٠ مدني) علي أن "تسري قواعد الوكالة إذا أقـر رب العمل ما قام به الفضولي".

من النصوص السابقة، ومن تعريف الفضالة، يتضح ضرورة وجود شروط ثلاثة للفضالة، نستعرضها فيما يلي ثم نبين الأثر المترتب علـي توافرها.

المطلب الأول

شروط الفضالة

كما قدمنا هناك ثلاثة شروط ينبغي توافرها لقيام الفضالة وصحتها وهي :

الشرط الأول : قيام الفضولي بشأن عاجل ونافع لرب العمل :

وهذا الشأن العاجل هو الشرط الأساسي لقيام الفضالة، إذ لا يكفي أن يتحقق نفع أو فائدة من وراء العمل الذي يقوم به الفضولي لرب العمل، وإنما يتعين أن تكون هناك ضرورة اقتضت القيام بهذا الشأن العاجل فضلاً عن أنه نافع ومفيد، بحيث لا تكون هناك فرصة أو وقت للقيام به لاحقاً أو تأجيله، فلو قام بشراء قطعة أرض لمصلحة آخر دون أن تتوافر حالة الاستعجال لهذا التصرف، لم يكن فضولياً حتى ولو كانت هناك فائدة تعود علي رب العمل وإنما يمكن أن تنطبق أحكام الإثراء بلا سبب، الأمر نفسه، إذا أقام شخص بناء علي أرض فضاء مملوكة لرب العمل لمجرد أن أقامة البناء تمكنه من استغلال البناء استغلالاً مفيداً، أما إذا قام شخص بجني محصول لآخر كان علي وشك التلف، أو بدفع ضريبة مستحقة عليه توقياً لحجز إداري، أو قبول اشتراط لمصلحة رب العمل، فإن الفضالة تتوافر في مثل تلك الفروض، ويمكن القول بشكل عام أن الفضالة تقوم في كل تصرف أو عمل يقوم به الفضولي ما كان رب

العمل ليتواني عن القيام به لو كان حاضراً أو قادراً.

وقد قضت محكمة النقض بأن "لا يمكن اعتبار الإقرار بالتخالص من الغير عملاً من أعمال الفضولي، إذ لا يتوافر فيه ما يشترط توافره في عمل الفضولي الذي يلزم به رب العمل، وهو أن يكون هذا العمل ضرورياً بالنسبة لرب العمل..."[١].

والشأن العاجل الذي يقوم به الفضولي قد يكون تصرفاً قانونياً، كبيع الثمار قبل تلفها، وقبول القسمة في المال الشائع، والاتفاق مع مقاول على بناء حائط لجاره لحفظ ممتلكاته من السرقة أو الضياع أو قبول اشتراط لمصلحة رب العمل حتى يصبح الاشتراط باتاً. ويستوي في التصرف القانوني الذي يقوم به الفضولي أن تكون هناك وكالة قائمة بين الفضولي ورب العمل وتجاوزها الأول أو انتهت وظل الفضولي يقوم بالتصرف لحساب رب العمل أو لا توجد وكالة أو نيابة من البداية، ومع ذلك قام الفضولي بمثل هذه التصرفات. كما لو قام محام برفع دعوى أو تقديم استئناف دون أن يكون موكلاً بذلك.

وقد يكون الشأن العاجل عملاً مادياً قام به الفضولي، كأن يجني ثماراً قبل تلفها أو إحضار طبيب لعلاج مريض في حالة خطرة، أو يقوم بإطفاء حريق أو إصلاح خلل في جهاز، في مثل هذه الحالات تقوم

---

[١] نقض مدني في ١ إبريل ١٩٦٢، مج أحكام النقض س١٣، ص٤١٤ رقم ٦١.

الفضالة، وللفضولي أن يطالب رب العمل بما أنفقه. ويقع عبء الإثبات هنا علي عاتق الفضولي، إذ عليه إثبات القيام بالعمل واستفادة رب العمل منه ووجود حالة الضرورة والاستعجال.

الشرط الثاني : أن يهدف الفضولي إلي تحقيق مصلحة رب العمل :

بمعني أن تتجه نية الفضولي وهو يقوم بالشأن العاجل إلي تحقيق مصلحة ونفع لرب العمل، أما إن كان يهدف إلي تحقيق مصلحة خاصة به فهنا لا يكون فضولياً ولا تنطبق - بالتالي - أحكام الفضالة حتى ولو تحققت مصلحة لشخص آخر نتيجة لما قام به من عمل، والعكس صحيح، بمعني أن الفضولي إذا قصد مما قام به تحقيق مصلحة رب العمل، يعد فضولياً، حتى ولو استفاد هو نفسه مما قام به. فالمستأجر الذي يقوم بالترميمات الضرورية بدلاً من المؤجر لا يعد فضولياً لأنه يهدف بها تحقيق مصلحته الشخصية، حتى ولو كانت هناك فائدة تعود علي المؤجر.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الفضولي يجب أن تنصرف نيته إلي أن يعمل لمصلحة غيره لا لمصلحة نفسه، فإذا إنصرفت نيته إلي العمل لمصلحة نفسه فلاً تصدق عليه صفة الفضولي، حتى ولو عاد تدخله علي الغير بنفع، ومن ثم فإن المستأجر إذا قام بإصلاحات ضرورية في العين المؤجرة، مستهدفاً استبقاء منفعة العين لنفسه، فهو بالنسبة إلي المالك لا يعتبر فضولياً، حتى ولو كان هذا التدخل ليس متضمناً لمصلحته، وإنما

قد يكون فيه نفع للمالك بالتبعية..."[1].

وإذا هدف الشخص من القيام بالعمل تحقيق المصلحتين معاً، أي تحقيق مصلحة رب العمل بجانب مصلحته هو، فإنه يعد فضولياً هنا لما بين الشأنين – كما تقول المادة (١٨٩ مدني) – من ارتباط لا يمكن معه القيام بأحدهما منفصلاً عن الآخر، فإذا قام الشريك علي الشيوع بتأجير المال الشائع لصالحه ولمصلحة الشريك الآخر، فهو فضولي بالنسبة لهذا الشريك.

وقد قضت محكمة النقض بأن "الفضالة باعتبارها من مصادر الالتزام تتحقق طبقاً لما تنص عليه المادتان (١٨٨، ١٨٩ مدني) كلما تولي الشخص عن قصد أثناء توليه شأناً لنفسه القيام بعمل عاجل لحساب غيره لما بين الشأنين من ارتباط..."[2]. فإن المهم في ذلك، أن يكون الفضولي علي علم بأنه يقوم بالعمل لمصلحة شخص آخر ولو كان يظن أنه يقوم به لنفسه ثم اتضح أنه يعمل لمصلحة غيره. فلا يعد فضولياً، إذ الشرط أن تنصرف نيته إلي العمل لمصلحة الغير، بصرف النظر عن شخصية هذا الغير، بمعني أنه لا يشترط أن يعمل الفضولي لصالح شخص بعينه وإنما المهم أن يعمل لمصلحة الغير أياً كان، فإذا انصرفت نيته إلي العمل لمصلحة شخص معين، فإذا به يعمل لمصلحة شخص

---

(١) نقض مدني في ١٦ نوفمبر ١٩٧٧، مج أحكام النقض س٢٨ رقم ٢٩٢: ١٧٠٣.

(٢) نقض مدني في ١٨ إبريل ١٩٧٧، مج أحكام النقض س٢٨ رقم ١٦٦ ص٩٧٠.

آخر، يكون فضولياً.

وفي ذلك تقوم المذكرة الإيضاحية "وإذا كانت تلك النية ضرورية من هذا الوجه، فهي بمجردها كافية دون حاجة إلي اشتراط انصـــرافها إلـــي العمل لحساب شخص معين بذاته، متى قصد الفضولي إلي التصدي بشأن الغير بقي قائماً بعمله ولو أخطأ في شخص رب العمل"[١].

الشرط الثالث : ألا يكون الفضولي ملتزماً بالقيام بمـــا قـــام بـــه أو منهياً عنه :

فإذا كان الشخص قد قام بما قام به لأنه ملتزم بذلك أياً كان مصـــدر هذا الالتزام، فلا يعد فضولياً وإنما نرجع إلي الأحكام المتعلقة بمصـــدر الالتزام، كما لو كان عقداً أو نصاً قانونياً أو حكماً قضائياً.

فإذا كان الشخص وكيلاً عن رب العمل أو ولياً له أو وصياً عليه أو حارساً لممتلكاته، فإن مكافأته عما قام بـــه يحكمهـــا ســـبب أو مصـــدر الالتزام.

وقد قضت في ذلك محكمة النقض بأن "لا قيام لأحكام الفضالة، حيث يقوم بين طرفي الخصومة رابطة عقدية، بل يكون العقد وحده هو منـــاط تحديد حقوق كل منهما والتزاماته قبل الآخر، فإن تمسك الطاعن بأحكـــام الفضالة في مواجهة مورث الطاعنين بمد أجل خطاب الضمان رغم مـــا

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية، ج١، ص٤٧١، ٤٧٢.

بينهما من رابطة عقدية يكون في غير محله"[١].

ونري أن علم رب العمل بأن شخصاً من الغير يتولي شأناً من شئونه، وسكت عن ذلك، فإن موافقة ضمنية منه قد تمت هنا تنتفي معها الفضالة، ويقوم الاتفاق أياً كان تكييفه مقامها.

علي عكس ما ذهبت المذكرة الإيضاحية بقولها "فإذا علم رب العمل بذلك (أي بتدخل الغير في شئونه) ولم يفصح عن موقفه عن طريق المعارضة أو الإقرار، بقيت لقواعد الفضالة ولايتها، ووجب تطبيقها[٢].

ويتعين من ناحية أخرى – ألا يكون الشخص منهياً عن العمل الذي قام به، فالفضالة إذا كانت لا تحتاج – لقيامها – إلي علم رب العمل بتدخل الغير في شئونه بل إن هذا العلم ينفي الفضالة، فإن ذلك يتحقق – من باب أولي – في الحالة التي ينهي فيها رب العمل الغير عن القيام بالعمل أو يمنعه من ذلك. فإذا قام الغير بالعمل – علي الرغم من هذا النهي – فلا يعد فضولياً، ويجوز له الرجوع عليه وفقاً لأحكام الإثراء بلا سبب. ويجوز لرب العمل الرجوع عليه بالتعويض إن كان له مقتضي وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية.

---

[١] نقض مدني في ١٩٧٦/١١/١٦، مج أحكام النقض س٢٧ ص١٥٨٣.

[٢] مجموعة الأعمال التحضيرية ج١، ص٤٧٠.

المطلب الثاني

آثار الفضالة

إذا تحققت الشروط الثلاثة السابقة ترتبت آثارها المتمثلة في نشوء التزامات علي عاتق كل من الفضولي ورب العمل.

التزامات الفضولي :

هناك مجموعة من الالتزامات تقع علي عاتق الشخص الذي بدأ عملاً لمصلحة الغير وهي:

١-المضي في الأعمال :

وقد نصت علي ذلك المادة (١٩١ مدني) بقولها "يجب علي الفضولي أن يمضي في العمل الذي بدأه إلي أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه". والفرض هنا أن العمل الذي قام به الفضولي قد بدأ ولم ينته بعد، هنا يلتزم بالاستمرار فيه حتى تتاح الفرصة أمام رب العمل في متابعته بنفسه، أو اتخاذ قرار بإيقافه، أما إذا كان ما قام به الفضولي قد تم وانتهي فلا مجال لهذا الالتزام. والهدف من إلزام الفضولي بالمضي في العمل هو حماية رب العمل من المخاطر أو الأضرار التي قد تلحق به إذا توقف الفضولي عن الاستمرار قبل أن يكون رب العمل مستعداً لمتابعته، وكذلك منع أي شخص آخر من التدخل في شئونه.

وإذا تابع رب العمل شأنه بنفسه يسقط التزام الفضولي بالاستمرار، فمن اشتري لآخر عقاراً بشكل عاجل، فإن عليه البدء في إجراءات التسجيل والمضي فيها إلي أن يتمكن رب العمل من متابعة ذلك بنفسه، ومن بدأ في إطفاء حريق عليه المضي في ذلك حتى يباشر المالك الإطفاء بنفسه.

٢-إخطار رب العمل :

لن يتمكن الأخير من التدخل ومتابعة الشأن الذي بدأه الفضولي بنفسه إلا إذا قام الفضولي بإخطاره وفي ذلك تقول المادة (١٩١) "كما يجب أن يخطر رب العمل متى استطاع ذلك" وفي ذلك إلزام للفضولي بالإخطار في أقرب وقت ممكن دون تأخر متى استطاع إلي ذلك سبيلا، ويبرر الأخطار هنا بإتاحة الفرصة أمام رب العمل للاختيار ما بين منع الفضولي من إتمام العمل أو أن يتولي العمل بنفسه.

وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية "ويلاحظ أن الفضولي يلزم بالمضي في العمل الذي بدأه إلي أن يتمكن رب العمل من مباشرته بنفسه، ولما كان لرب العمل أن يكف الفضولي عن التدخل فيما يتصدي له، لذلك كان من واجب الفضولي أن يخطره بتدخله في أول فرصة متاحة له، ومتى تيسر لرب العمل أن يباشره بنفسه كان من حقه وواجبه أن يقوم بذلك"[١].

---

[١] مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢، ص٤٧٣.

٣-بذل عناية الشخص العادي :

الفضولي مطالب ببذل عناية الشخص المعتاد في كل ما يقوم به سوءا أتعلق الأمر بالأعمال أو التصرفات التي يجريها لصالح رب العمل أم بإخطاره بالتدخل. والشخص المعتاد وهو من أواسط الناس لا هو بالشخص شديد الحرص ولا هو بالمهمل الخامل.

ونصت علي هذا الالتزام المادة (١٩٢) بقولها "١- يجب علي الفضولي أن يبذل في القيام بالعمل عناية الشخص العادي، ويكون مسئولاً عن خطئه، ومع ذلك يجوز للقاضي أن ينقص التعويض المترتب علي هذا الخطأ إذا كانت الظروف تبرر ذلك. ٢- وإذا عهد الفضولي إلي غيره بكل العمل أو ببعضه كان مسئولاً عن تصرفات نائبة، دون إخلال بما لرب العمل من الرجوع مباشرة علي هذا النائب ٣- وإذا تعدد الفضوليون في القيام بعمل واحد كانوا متضامنين في المسئولية".

فإذا قصر الفضولي في بذل العناية المطلوبة منه وهو يقوم بالعمل لصالح رب العمل ثبت للأخير التعويض عن الأضرار التي ترتبت علي هذا الخطأ وارتبطت به بعلاقة سببية ويقوم التعويض هنا وفقاً لأحكام المسئولية التقصيرية إلتي يلزم رب العمل بإثبات عناصرها، ويجوز للقاضي أن ينقص التعويض بمقدار ما تدخلت به الظروف المحيطة في إحداث الضرر. ولا شك في أن هذه الظروف لا دخل لإرادة الفضولي بها ويظل الفضولي مسئولاً في مواجهة رب العمل عن التقصير في بذل

العناية المطلوبة حتى ولو عهد بالقيام بالعمل كله أو بعضه إلي غيره. مع ثبوت الحق لرب العمل في الرجوع مباشرة علي هذا النائب بالتعويض اللازم عن الأضرار التي ترتبت علي فعله، وهي دعوى مباشرة تحكمها أيضاً قواعد المسئولية التقصيرية.

وتشير المادة (١٩٢) في فقرتها الأخيرة إلي التضامن القانوني الذي ينشأ في حالة تعدد الفضوليين، بحيث يكون كل فضولي مسئولاً عن تعويض كل الضرر الذي أصاب رب العمل نتيجة خطئهم، مع ثبوت حقه في الرجوع علي الآخرين بنصيبهم في هذا التعويض، وتشير إلي ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها "وعند تعدد المتصدين لشأن واحد من الفضوليين يسألون عن خطئهم علي وجه التضامن، ولما كان هذا الخطأ يغاير صنوه في مفهوم المسئولية التقصيرية، لذلك كان من الضروري تقرير التضامن بين هؤلاء المسئولين بنص خاص"[1].

٤-التزام الفضولي بتقديم حساب ورد ما استولي عليه بسبب الفضالة:

تنص علي هذا الالتزام المادة (١٩٣) بقولها "يلتزم الفضولي بما يلتزم به الوكيل من رد ما استولي عليه بسبب الفضالة وتقديم حساب عما قام به". بما أن أحكام الوكالة هي التي تنطبق علي الفضالة في حالة

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – ج٢، ص٤٧٦.

إقرار رب العمل لما قام به الفضولي، فإن الأخير يلتزم بما يلتزم به الوكيل وبخاصة تقديم الحساب ورد ما أخذه بسبب الفضالة.

فإذا كان الفضولي - وهو يقوم بالعمل - قد تلقي أموالاً أو أشياء عينية لصالح رب العمل، فإن عليه ردها من وقت إعذاره بذلك ولا ينتظر حتى ينتهي من العمل، فإذا احتفظ بها أو استعملها لنفسه، يلزم بالفوائد القانونية من وقت المطالبة بها، وإذا تأخر عن الرد علي الرغم من المطالبة، التزم بالتعويض - بجانب الفوائد - في مواجهة رب العمل.

أهلية الفضولي :

تنص المادة (١٩٦/١ مدني) علي أن "إذا لم تتوافر في الفضولي أهلية التعاقد، فلا يكون مسئولاً عن إدارته إلا بالقدر الذي أثري به، ما لم تكن مسئوليته ناشئة عن عمل غير مشروع".

تفرق هذه المادة بين وضعين بالنسبة للفضولي، يتعلق الأول بكونه كامل الأهلية، هنا تقوم مسئوليته كاملة عن الأضرار التي تصيب رب العمل أو الغير، والوضع الثاني يخص الفضولي غير كامل الأهلية، هنا تقوم مسئوليته علي أساس قواعد الإثراء بلا سبب التي تحصر التزامه في حدود ما أثري به من وراء إدارته مصالح رب العمل، إلا إذا كان ما قام به الفضولي عملاً غير مشروع، هنا تخضع مسئوليته لقواعد المسئولية التقصيرية التي تكتفي بتوافر التمييز في الفضولي.

وإذا توفي الفضولي، انتقلت التزاماته إلي الورثة وهي من الحالات النادرة التي يحل فيها الورثة محل مورثهم فيما تركه من التزامات وذلك وفقاً للمادة (١/١٩٤) التي تنص علي أن "إذا مات الفضولي التزم ورثته بما يلتزم به ورثة الوكيل طبقاً لأحكام المادة (٧١٧) فقرة ٢".

وتنص المادة (٢/٧١٧) علي أن "في حالة انتهاء الوكالة بموت الوكيل يجب علي ورثته – إذا توافرت فيهم الأهلية، وكانوا علي علم بالوكالة – أن يبادروا إلي إخطار الموكل بموت مورثهم وإن يتخذوا من التدبيرات ما تقتضيه الحال لصالح الموكل". فالالتزام الرئيسي الذي يقع علي عاتق الورثة هو ضرورة إخطار رب العمل بوفاة الفضولي والمحافظة علي العمل الذي أتمه مورثهم، وفي حالة إخلالهم بذلك يسألون مسئولية شخصية عن الأضرار التي تصيب رب العمل وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

ولا أثر لموت رب العمل علي انطباق أحكام الفضالة السابق ذكرها وفقاً للمادة (١٩٤) التي تنص علي أن "إذا مات رب العمل، بقي الفضولي ملتزماً نحو الورثة بما كان ملتزماً به نحو مورثهم".

التزامات رب العمل :

جاءت هذه الالتزامات في المادة (١٩٥ مدني) بقولها "يعتبر الفضولي نائباً عن رب العمل، متى كان قد بذل في إدارته عناية الشخص العادي،

ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة، وفي هذه الحالة يكون رب العمل ملزماً بأن ينفذ التعهدات التي عقدها الفضولي لحسابه، وأن يعوضه عن التعهدات التي التزم بها، وأن يرد له النفقات الضرورية والنافعة التي سوغتها الظروف مضافاً إليها فوائدها من يوم دفعها، وأن يعوضه عن الضرر الذي لحقه بسبب قيامه بالعمل، ولا يستحق الفضولي أجراً علي عمله، إلا أن يكون من أعمال مهنته".

يبين من هذا النص أن هناك ثلاث التزامات تقع علي عاتق رب العمل وهي :

١-الالتزام بتنفيذ تعهدات الفضولي :

فالأخير نائب عن رب العمل ولذلك ينصرف إليه آثار التصرفات والعقود التي أتاها الفضولي، وهي نيابة قانونية تنصرف آثارها إلي رب العمل وهو ما يفرض علي الأخير الالتزام بالتعهدات التي تعهد بها الفضولي في مقابل استفادته بما حققه له الفضولي من مزايا ومنافع.

ولكن المادة (١٩٥) فرضت قيداً علي انصراف الآثار إلي رب العمل ويتمثل في ضرورة بذل الفضولي عناية الرجل العادي أو المعتاد في إدارته شئون رب العمل. فالالتزام الذي يقع علي عاتق الفضولي هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة.

٢-الالتزام برد ما تكلفه الفضولي :

أشارت المادة (١٩٥) إلي نوعين من التكاليف التي يلتزم بها رب العمل، يشمل الأول النفقات وهي كل ما تكبده الفضولي أثناء قيامه بالعمل سواء أكانت هذه النفقات مستحقة له نظير مجهوده وعمله أم كانت للغير الذي استعان به الفضولي في أداء العمل المطلوب، ويضاف إلي النفقات الفوائد المستحقة عنها والتي يبدأ احتسابها من تاريخ إنفاقها لحساب رب العمل وهو ما يخالف القاعدة العامة في تاريخ احتساب الفوائد ويتعلق بالمطالبة القضائية أو ما يقوم مقامها.

ويتمثل الثاني في المصروفات الضرورية وهي تلك التي تم إنفاقها للحفاظ علي أو لتحقيق مصلحة رب العمل كترميم حائط أوشك علي الانهيار أو جني محصول خشية التلف، والمصروفات النافعة وهي المصروفات التي لم يكن من اللازم إنفاقها ولكنها تؤدي إلي تحقيق نفع لرب العمل كطلاء الحائط بعد ترميمها أو تخزين المحصول بعد جنيه، ويلتزم رب العمل برد المصروفات التي فرضتها (سوغتها) الظروف دون تلك المصروفات التي كان يمكن تجنبها أو تأخيرها. بالإضافة إلي فوائد هذه المصروفات محسوبة بالسعر القانونية من تاريخ إنفاقها وليس من وقت المطالبة القضائية.

بالإضافة إلي ما تقدم، فإن رب العمل يلتزم بمكافأة الفضولي عن النشاط أو العمل الذي قام به لصالحه وبخاصة إذا كان العمل يدخل في

اختصاصه أو مهنته، فلو رفع محام استئنافاً لصالح شخص آخر حتى لا تفوت مواعيده، فإن المحامي يستحق هنا مكافأة عن العمل القانوني الذي قام به.

٣-الالتزام بتعويض الأضرار التي لحقت بالفضولي :

إذا أصاب الفضولي وهو يقوم بالعمل لحساب رب العمل، أضرار لم يكن في إمكانه تجنبها ولو بذل في ذلك عناية الرجل المعتـــاد، فـــإن رب العمل يلزم بتعويضه عن هذه الأضرار، فإذا انتقلت العدوى إلي الطبيب المعالج لرب العمل، فإن حقه في التعويض عن الإصابة يثبت تجـــاه رب العمل.

تقادم دعوى المطالبة بالحقوق الناشئة عن الفضالة :

حددت المادة (١٩٧ مدني) المدة التي تنقضي بها هذه الدعوى بقولها "تسقط الدعوى الناشئة عن الفضالة بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه كل طرق بحقه، وتسقط كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق".

هناك مدتان تتقادم بهما هذه الدعوى الأولي وهي ثلاث سنوات مـــن تاريخ العلم بنشوء الحق سواء أكان لرب العمل أم للفضولي والثانية وهي خمس عشرة سنة من اليوم الذي نشأ فيه الحق وهي المدد ذاتهـــا التـــي نظمها المشرع بالنسبة لدعوى المسئولية التقصيرية.


الفهارس



الجيزة في ٢٠٠٨/١٢/١٣


تم الطبع لدى
المؤسسة للطباعة
الفنية والنشر
حمدى سلامة وشركاه
٢ ش المخبز - التعاون - فيصل
ت / ٣٧٨١٣٣٠٢